T 1865/AUDP
PPN 078 952 301
T 1866-3

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DÉLIMITATION LÉGALE

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ A ROME.

DE L'ALIÉNATION DES MEUBLES

ET DES

REVENUS DOTAUX SOUS LE RÉGIME DOTAL.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Le vendredi, 29 décembre 1865, à 2 heures

PAR

Paul-Emile AUDRAN, Avocat,

Né à Clermont (Hérault).

TOULOUSE
IMPRIMERIE TROYES OUVRIERS RÉUNIS
RUE SAINT-PANTALÉON, 3.
1865.

GARRIGOU
BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

A MON PÈRE. — A MA MÈRE.

A MA SŒUR.

A MON ONCLE.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. CHAUVEAU ✻, Doyen, professeur de Droit Administratif.
DELPECH ✻, Doyen honoraire, professeur de Code Napoléon, en congé.
RODIÈRE ✻, professeur de Procédure civile.
DUFOUR ✻, professeur de Droit Commercial.
MOLINIER ✻, professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES, professeur de Code Napoléon.
MASSOL ✻, professeur de Droit Romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code Napoléon.
HUMBERT, professeur de Droit Romain.
ROZY, agrégé, chargé du cours d'Economie politique.
POUBELLE, agrégé, chargé d'un cours de Code Napoléon.

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, secrétaire, Agent comptable.

Président, M. Molinier,
Suffragans : MM. Chauveau, Bressolles, Ginoulhiac, Humbert. } *Professeurs.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION.

Pour exercer les droits et remplir les devoirs que sa nature lui impose, l'homme a besoin d'être libre. L'esclavage est un état si contraire à sa destinée même, que M. Ch. Comte n'a pas craint de dire que briser les liens qui entravent le libre exercice de ses facultés et le forcent à manquer à tout ce qu'il doit à son Créateur, à ses semblables, à lui-même, était pour l'esclave un devoir à l'accomplissement duquel il ne lui était pas permis de chercher à se soustraire.

La valeur que notre travail donne aux choses en les transformant ne peut appartenir qu'au producteur tant qu'il n'en a pas disposé. Chacun étant le maître de ses facultés, doit seul recueillir le fruit de leur activité. Mais nous ne légitimons ainsi que la propriété de l'excédant de valeur, résultat de notre industrie. Pour avoir une utilité plus réelle et disposer de l'objet ainsi transformé, il faut acquérir la propriété des choses qui nous entourent et que tous nos efforts se bornent à mo-

(1) Sources : Traité de la Propriété, par M. Charles Comte ; Recherches sur le Droit de Propriété chez les Romains, par M. Ch. Giraud.

difier, puisqu'il n'est pas en notre pouvoir de créer un seul atome de matière. Comment arriver à cette propriété? Deux moyens seulement sont possibles : obtenir la chose du consentement du légitime possesseur si elle est déjà appropriée ; s'il s'agit d'une *res nullius*, la simple occupation suffit pour nous rendre propriétaires.

Le premier moyen se justifie de lui-même ; quant au second, l'acquisition par l'occupation, sa légitimité ne nous paraît pas devoir être contestée. L'homme ne fait ainsi qu'obéir à la loi la plus impérieuse de sa nature. Pour soutenir que l'appropriation individuelle viole le droit d'autrui, et qu'à chaque génération doit s'opérer une nouvelle distribution de biens, il faudrait démontrer qu'en naissant chaque homme a droit, indépendamment de son travail futur, à une quotité proportionnelle des biens qui ont déjà été fécondés par l'intelligence et le labeur des générations précédentes. Or, cette preuve reste encore à faire. En restreignant du reste, comme ils le font généralement, l'application de leur théorie à la propriété du sol lui-même, les partageux sapent leur doctrine par sa base ; car il m'est impossible d'expliquer autrement que par un préjugé invétéré, la différence que l'on veut établir entre la terre et les autres biens dont nous pouvons jouir. Quant aux communistes, comme jusqu'ici ils n'ont osé prêcher la communauté des biens qu'entre les habitants d'une même nation, je me permets de les ranger, malgré eux, parmi les partisans de la propriété individuelle.

Remarquons d'ailleurs que l'appropriation particulière profite nécessairement à ceux-là même que l'on paraît ainsi exclure. Si je transforme en aiguilles, pour une somme considérable, un bloc de fonte abandonné, d'une

minime valeur, je crée ainsi une richesse, qui, jetée dans la circulation, contribuera certainement à l'augmentation du bien-être général. L'exemple suivant est plus saisissant. Une lieue carrée de terrain absolument inculte est impuissante à procurer au sauvage la misérable nourriture indispensable à son existence. Si donc parmi des sauvages qui vivent à grand'peine sur un territoire de dix lieues carrées, quelques-uns se contentent de quelques parcelles du sol, les cultivent et satisfont ainsi à leurs divers besoins, est-ce que les autres sauvages ne voient pas augmenter leur patrimoine de tout ce qui n'est plus nécessaire à l'existence de ces colons intelligents? Concevrait-on leurs plaintes contre une appropriation dont ils recueillent les premiers le bénéfice?

Tel est, à nos yeux, le fondement inébranlable de la propriété. C'est un droit basé sur la nature de l'homme et indépendant des caprices du législateur. Lorsque la loi est juste, elle le sanctionne; lorsque elle est injuste, elle le viole; mais elle est impuissante à le fonder.

Dans toutes les législations nous rencontrons pourtant des dispositions qui réglementent l'exercice du droit de propriété. En effet, dans une nation un peu civilisée, toutes les terres étant appropriées, il est nécessaire de déterminer dans quelles limites chaque possesseur doit se renfermer, pour ne pas violer le droit également légitime du voisin. Les seules lumières de la raison auraient peut-être permis aux tribunaux de définir en quoi consiste le droit de propriété. Pour éviter la diversité fâcheuse des opinions humaines, le législateur a cru devoir tout fixer d'une manière uniforme. Mais ce n'est pas là une atteinte à la propriété. Lorsque le Code

Pénal me défend d'attenter à la liberté de mon concitoyen, ma liberté n'en est que plus intacte.

Nous irons plus loin ; nous reconnaissons au pouvoir social le droit d'imposer à la propriété, dans un but d'intérêt général, certaines restrictions que ne nécessiterait pas le respect strict des droits d'autrui. Nous devons obéir sans nous plaindre. Le législateur applique cette loi de notre nature, indispensable à l'existence d'une société, que chaque homme est *obligé* par un *devoir* de charité à souffrir un peu de mal lorsqu'il doit en résulter un très grand bien pour ses semblables. D'ailleurs, puisque nous retirons les plus grands bénéfices de l'association commune, comment nous refuser à quelques sacrifices pour assurer le maintien de la société ! Le législateur devra sans doute user d'un pouvoir aussi considérable avec beaucoup de prudence et en adoucissant autant que possible les sacrifices qu'il impose à l'intérêt privé ; mais on ne saurait guère lui contester le droit d'en faire l'application toutes les fois que cela lui paraît opportun.

L'ensemble de ces prescriptions législatives constitue, il importe de le remarquer, non des servitudes, mais le droit commun de la propriété. La servitude, au point de vue actif, autorise par exception ce que ne permet pas le droit de propriété. Or, puisque en France, dès qu'on possède un fonds de terre, on a le droit d'invoquer, par exemple, la disposition de l'art. 1er de la loi des 10-15 juin 1854, c'est qu'elle est une conséquence du droit commun de la propriété ; la renonciation à cette faculté constituerait précisément une servitude, en supposant bien entendu qu'elle ne soit pas établie dans un intérêt d'ordre public. Nous devions insister

sur cette idée ; car elle a été, en apparence du moins, complétement méconnue par le législateur français dans les art. 639 et suivants ; et cette erreur doit d'autant plus nous étonner, que l'art. 544, en définissant la propriété, semble la livrer à la discrétion du pouvoir législatif.

Les principes économiques et rationnels que nous venons d'exposer étaient-ils admis par les Romains ? Les jurisconsultes, dont l'esprit pratique ne paraît pas s'être arrêté à la solution des questions philosophiques que soulève l'examen des droits de l'Etat et du particulier, ne nous fournissent guère d'éléments de décisions à cet égard. Mais la négative semble évidente. Un peuple qui n'a jamais révoqué en doute la légitimité de l'esclavage, et dont le territoire se composait presque uniquement de terres enlevées par la conquête aux nations voisines, ne pouvait donner pour base au droit de propriété, l'activité libre des facultés humaines.

Toute propriété foncière à Rome provenait de la conquête. Le signe de la force était devenu le meilleur emblème du droit de propriété. *Festuca autem utebantur*, nous dit Gaius, en parlant des formes de la revendication (IV, 16), *quasi hastæ loco signo quodam justi dominii, quia maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent : undè in centumviralibus judiciis hasta proponitur*. Après la défaite, les vaincus appartenaient corps et biens à la cité triomphante. Par faveur, Rome leur laissait habituellement la liberté avec la possession d'une partie de leurs anciens biens. Mais presque toujours elle se réservait une portion du sol, qui formait alors le domaine public, *l'ager publicus*. Les partages coloniaux, les ventes questoriennes, les distributions gratuites le transformaient en domaine privé.

Telle est l'histoire de la propriété à Rome. La propriété privée n'est donc en quelque sorte qu'une délégation de la puissance souveraine dont elle émane. Les philosophes eux-mêmes ne peuvent trouver un autre fondement rationnel. Cicéron, que les principes stoïciens avaient amené à proclamer le droit égal de tous les hommes à la possession de la terre (*de finibus III, 20*), forcé de s'expliquer sur la propriété romaine, trouve naturel que le droit des gens s'incline devant la volonté de la loi : *Sunt autem privata nullâ naturâ : sed aut veteri occupatione ut qui quondam in vacua venerunt; aut victoriâ, ut qui bello potiti sunt ; aut lege, aut pactione, conditione, sorte* (1)... *Ex quo, quia suum cujusque fit, eorum quæ naturâ fuerant communia, quod cuique obtigit, id quisque teneat : è quo si quis sibi appetet, violabit jus humanæ civitatis* (*de officiis I, 7*). L'influence de la puissance civile se manisfeste surtout dans l'organisation de la propriété. Pendant près de sept siècles on n'a connu que le *dominum ex jure Quiritium, le domaine en vertu de la loi politique des Romains.* Les citoyens seuls pouvaient prétendre à cette propriété, garantie par le Droit civil, qui tirait son origine de *l'ager publicus*, et qui s'exerçait et se transmettait par des moyens rigoureusement déterminés.

De tout cela il semble résulter que l'Etat, qui a conservé sur le sol une sorte de domaine éminent, empiétera souvent sur les droits des particuliers, avec d'autant plus de facilité qu'aucune constitution, aucune loi primordiale, ne les dérobe à son atteinte.

(1) Distribution par le sort du territoire des peuples vaincus. (*Cfer Frontin de Coloniis ; et Siculus Flaccus*).

Nulle part pourtant la propriété n'a été aussi respectée qu'à Rome. Dès les premiers temps, la religion et la propriété furent unies et confondues dans un même culte, et les mœurs opposèrent une barrière infranchissable aux envahissements de l'Etat. Tite-Live nous montre L. Cassius, arrêtant la construction d'un aqueduc par son refus de laisser les eaux passer à travers son fonds. Aucun tribun n'a jamais demandé un partage plus égal des terres. Il est hors de doute aujourd'hui que les lois agraires ne s'appliquaient qu'aux vastes possessions usurpées par les patriciens sur le domaine public. Encore proposait-on de leur en abandonner une assez grande partie comme indemnité des impenses qui avaient pu être faites : malgré cet équitable tempérament, ces projets ont toujours échoué. Une longue possession, même usurpée, parut remplacer un titre de propriété. Les confiscations dont les empereurs donnèrent le triste spectacle, témoignent encore d'un certain respect pour la propriété par le soin hypocrite qu'ils prenaient de déclarer *sacri* et par suite privés de tout droit ceux qu'on voulait ensuite dépouiller de leurs biens.

Néanmoins les jurisconsultes ne paraissent jamais avoir contesté au législateur le droit d'imposer, dans l'intérêt général, certaines limites à la propriété, bien que les empereurs aient surtout usé de ce droit. Aussi a-t-on pu très justement définir la propriété romaine *plena in re potestas*, *quatenùs juris ratio permittit*. D'après nous, la propriété naturelle, c'est la *plena in re potestas* qui comporte le *jus utendi*, *fruendi et abutendi* dans toute sa plénitude, sans donner évidemment le pouvoir de léser en aucune façon le droit d'autrui.

Nous allons exposer toutes les dispositions législatives qui ont restreint ce droit ainsi défini sous le titre de *délimitation légale de la propriété à Rome ;* nous les présenterons par groupes, suivant le plus ou moins d'analogie qu'elles offrent entre elles. Mais nous devons tout d'abord prévenir le lecteur que nous laissons complétement de côté les restrictions qui, aux yeux des jurisconsultes romains, découlaient de l'essence même du droit, et dont l'existence leur paraissait inséparable du droit lui-même. Je citerai, comme exemple, l'impossibilité d'établir une servitude sur une sertitude ; la nécessité pour constituerune servitude prédiale que le fonds dominant en retire une certaine utilité, etc., etc.

DROIT ROMAIN.

Delimitation légale de la propriété à Rome (1).

CHAPITRE I.

Réglements sur la construction des édifices.

§ 1 De la distance a observer entre les édifices. — § 2 de la hauteur des édifices. — § 3 de la défense de démolir les édifces. — § 4 de la vetus forma.

§ 1 — *De la distance à observer entre les édifices.*

Dès la plus haute antiquité, les craintes que susci-

(1) Sources principales :

Il faut citer en première ligne le chapitre sur les restrictions au droit de propriété de W. Rein dans son livre *das privatrecht der Rœmer*. Nous devons aussi beaucoup à un article sur les principes de l'expropriation pour cause d'utilité publique à Rome et à Constantinople, publié par M. de Fresquet, dans la Revue Historique de 1860, bien que nous n'en ayons eu connaissance que lorsqu'une assez grande partie de ce travail était déjà terminée. Citons aussi : M. Serrigny, Droit public et administratif des Romains; M. Humbert, à son cours, et les commentaires publiés sur les Instituts.

taient de trop fréquents incendies, avaient fait prescrire l'isolement de tout édifice. Autour de chaque maison devait être laissé libre un espace, *ambitus*, *spatium*, et sous le bas-empire *intercapedo* dont la largeur a été fixée par la loi des XII Tables à deux pieds et demi. C'est ce que nous révèlent de nombreux passages de Varron (1 ; 1, v, 22) Isidore (15,16) Gromat, Festus, etc. *Ambitus proprie dicitur inter vicinorum ædificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus.—Ambitus quod circumeundo teritur, nam ambitus circuitus, ab eoque XII Tabularum interpretes ambitus parietis circuitum esse describunt. L'ambitus* n'était pas, comme les *fines agrorum*, consacré aux dieux ; la prescription des XII Tables devait en outre être dépourvue de sanction ; car elle a été bien souvent violée. Les ruines Romaines, le plan Capitolin démontrent l'étroite contiguité des édifices ; les jurisconsultes opposent souvent le mot *domus* au mot *insulæ* (1) ; l'existence d'ailleurs du *paries communis*, mur mitoyen de séparation, et élevé à frais communs par les deux voisins, dont nous trouvous de fréquentes mentions au Digeste et dans les ouvrages des écrivains latins, est incompatible avec l'exacte observation des dispositions légales.

La hâtive reconstruction de Rome après l'incendie allumé par les Gaulois, facilita singulièrement la violation de la loi (*Tite-Live V, 55 ; Tacite Annales XV, 43*)

(1) Insulæ proprie dictæ quæ non junguntur communibus parietibus cum vicinis, circuituque publico aut privato cinguntur à similitudine videlicet earum terrarumque fluminibus ac mari eminent, suntque in solo positæ (Festus v° insulæ).

et peu à peu fut consacrée par l'usage la pleine liberté de bâtir.

Le vaste incendie qui détruisit sous Néron une grande partie de la ville, fit de nouveau reconnaître l'utilité des anciennes prescriptions. Néron ordonna que les maisons fussent dorénavant isolées ; *nec communione parietum, sed propriis quœque muris ambirentur* (*Tac. Annales XV, 43*).

Une constitution d'Antonius et Verus, mentionnée au Digeste (*l. 14, D. 8, 2*), ne permet de bâtir sur son propre terrain que tout autant que l'on respectera la distance légale : *intermisso legitimo spatio a vicina insula.* Mais jusqu'à l'empereur Zénon nous ne trouvons plus aucune mention de ces lois relativement aux édifices privés. Une constitution d'Honorius et Arcadius (*l. 11, C. J. de œd. priv. 8, 10*) ordonne seulement aux particuliers de ne construire de balcons que tout autant qu'il y aura un espace libre de *dix* (1) pieds entre ce balcon et la maison voisine. *In provinciis*, ajoute la Constitution. A Rome et à Constantinople en effet, existait une prohibition absolue d'élever aucune construction de ce genre: *Nam et mœniana Prætextatus prœfectus urbi sustulit omnia, fabricari Romæ priscis quoque vetita legibus* (*Amm. Marc. 27, ch. 9*); et dans la constitution de Zénon, particulière à la ville de Constantinople que nous allons bientôt citer, la distance légale doit être mesurée depuis les fondements de la partie extérieure jusqu'au faîte de l'édifice : *jubemus duodecim pedes relinqui intermedios*

(1). Le *legitimum spatium* devait donc être de dix pieds. Nous retrouvons cette largeur de dix pieds prescrite par une constitution de Théodose, dans la loi romaine des Bourguignons.

in utramque domum, incipientes a superposita fundamentis ædificii parte, eademque observatione perseverante ad summum usquè altitudinis culmen (§ 2).

Les empereurs se sont surtout préoccupés des soins nécessaires pour préserver les édifices publics. Déjà sous Auguste Frontin, (*de aquæd.* § *126 et 127*), nous apprend qu'un Senatus-Consulte qui probablement n'était que la reproduction d'une ancienne loi (*Cfer.* § *126*), ordonne de laisser de chaque côté des aqueducs un espace libre de 15 pieds, et de 5 pieds seulement si les conduits sont souterrains ou passent dans l'intérieur d'une ville : « *placere circa fontes et fornices et muros utraque ex parte vacuos quinos denos pedes patere et circa rivos qui sub terra essent et specus intra urbem et extra urbem si continentia ædificia utraque ex parte quinos vacuos relinqui.* » Ce Sénatus-Consulte ne défend pas seulement d'élever des constructions, mais encore de planter des arbres dont les racines en pénétrant dans les aqueducs pourraient en disjoindre la maçonnerie. Toute contravention est punie d'une amende de 1,000 sesterces, dont moitié est versée à *l'ærarium*, moitié remise au délateur. Cette distance de 15 pieds paraît être restée la limite légale à observer quant aux édifices publics ; nous la retrouvons au Code Justinien (*l. 9 et 11 de æd. priv.*) et au Code Théodosien (*l. 46 et 47, de op. pub.*) Constantin dans la loi 4 au C. Théo. *de op. public.*, prescrit même d'isoler les greniers publics par un intervalle de *cent pieds*. Si quelqu'un enfreint cette défense, non-seulement sa maison sera détruite, mais tous ses biens devront être confisqués : « *Omnes intra centum pedes vicinitates quantum ad horrea pertinet, arceantur ; ac si quid constructum fuerit, di-*

tuatur... Quod si quis ædificandi amore publica damna neglexerit, non solum quod construxit, sed omnes res ejus et quidquid in suo jure habuit, fisco adjudicari præcipimus (*anno 329*). Cette constitution n'a pas été reproduite au Code Justinien. On n'y trouve que la constitution d'Arcadius et Honorius qui formait la loi 46 du Code Théodosien, et qui permet de construire à quinze pieds d'un édifice public. (*l. 9 C. J. 8, 10.*) Honorius et Théodose, par une phrase incidente étendent cette faculté lors même qu'il s'agit des greniers publics. La constitution de Constantin a donc été abrogée. *In his vero locis in quibus ædificia privatorum horreis publicis videntur objecta, obstructione mœnianorum quindecim pedum, intervalla serventur, quem intercapedinis modum ædificaturis quoque propominus.*

Nous arrivons à une importante constitution de Zénon, qui a longuement traité de la construction des édifices. Nous allons en présenter une analyse sommaire en ce qui nous concerne.

§ 2. — Entre les édifices privés on devra laisser un intervalle de douze pieds. A cette distance, on peut bâtir sans tenir compte de la hauteur légale et sans que le voisin ait à réclamer contre vos jours et fenêtres *tàm luciferæ quam prospectivæ* ; et pourvu que vous ayez soin de laisser la vue sur la mer libre de tous côtés : *non solum per directum sed ne per transversum quidem impediri novo debet opere* (Nov. 145). Aucune défense n'existe pour les arbres et les jardins.

§ 3. — Si entre les édifices il existe moins de douze pieds, on ne peut, contre le gré du voisin, rien changer à la *vetus forma* (1). S'il y a dix pieds d'intervalle, il

(1) Vid. infra.

est permis d'ouvrir des jours de souffrance, *luciferas fenestras* à une hauteur de six pieds. La loi ne saurait être éludée par la construction d'un faux plancher, *pseudopatum*.

§ 4. — Il est permis d'enlever la vue de la mer à certaines constructions de peu d'importance que le texte énumère, pourvu que l'on respecte la distance de douze pieds. L'empereur Léon avait autorisé à relever les maisons d'une hauteur de cent pieds, détruites par l'incendie, lors même qu'on enlèverait ainsi le *prospectum maris*. Zénon étend cette faculté à toutes les constructions élevées sur un sol qui n'avait pas encore été bâti. Ce n'est que pour les autres édifices qu'existe la prohibition mentionnée au § 2 et seulement tant qu'on ne laissera pas libre un espace de *cent pieds*. C'est au moins ce qui me paraît résulter du texte de la constitution. *Insuper cum priore lege cautum sit, centum pedes altas domos combustas instaurare licere, etiamsi alteri prospectum in mare prohibeant, hanc etiam tollentes ambiguitatem constituimus hoc obtinere, tam in his quæ nunquam antea fuerunt et nunc primum extruuntur. Sed et in his.* Dans la Novelle 63 Justinien réprime la ruse grossière de ceux qui pour enlever impunément le *prospectum maris*, commencent par bâtir à cent pieds un mur très élevé, de telle sorte que le voisin ne puisse se plaindre que la construction de l'édifice va lui enlever la vue de la mer, puisqu'il l'a déjà perdue par la construction du mur à la distance légale. La maison sera démolie, et le propriétaire condamné à une amende de dix livres d'or.

§ 5. — En ce qui concerne les *solaria*, espèce de terrasse

pour jouir du soleil pendant l'hiver, on ne pourra en élever en face les une des autres que tout autant qu'il y aura dix pieds d'intervalle ; si la ruelle qui sépare n'a que dix pieds de large, on pourra les construire obliquement; à une moindre distance, leur construction est absolument interdite. Ces *solaria* doivent être à une hauteur de quinze pieds au-dessus du sol; on ne doit point y parvenir par des escaliers extérieurs. Le propriétaire, l'ouvrier, l'architecte qui contreviendraient à ces dispositions paieront dix livres d'or, ou seront chassés de la ville (1).

Cette constitution était surtout destinée à la ville de Constantinople. Justinien l'a étendue à toutes les autres villes de l'empire (*l. 15, C. J. de œdif. priv.*)

Le *legitimum spatium* ne devait-il être pris que d'un seul côté ou bien l'édifice devait-il être complétement isolé ? Quoique on ait soutenu le contraire, il n'est pas douteux qu'à Rome l'isolement ne dût être complet. Le mot *ambitus* qui signifie le périmètre entier, une ancienne description de la ville, faite sans nom d'auteur sous *Arcadius et Honorius*, indiquent positivement l'existence de maisons entièrement séparées (2). Il y avait bien quelques édifices en dehors de cette règle, mais en petit nombre. P. Victor dans son livre *de regionibus urbis*, nous donne le chiffre de 1780 *domus* tandis qu'il n'aurait pas existé moins de 91602 *insulæ* (*Cfer. Cuj. observ. 19,21*). Il est vrai qu'ordinairement ces *domus*

(1) Voir pour tous les détails la constitution 12 au Code Justinien, de *œdif. priv. (8,10)*.

(2) V. *suprà* l'étymologie du mot *insula* dans Festus, p. 8, notes.

étaient la demeure des riches Romains. On les trouvait sur le mont Esquilin ; c'est là que Crassus, Catule et le jurisconsulte Aquilius avaient élevé ces splendides palais dont Pline (l. 17) , nous parle en termes pleins d'admiration.

Sous le bas empire, il est certain que les édifices publics devaient être entièrement isolés. Quant aux édifices privés, Dicksen pense que *l'intercapedo* n'était requis que pour les derrières des maisons, et que sur la voie publique elles étaient appuyées l'une à l'autre sans aucun espace libre intermédiaire. Il fait remarquer qu'aucune locution correspondante au mot *insulæ*, ne paraît avoir été en usage à Constantinople ou dans les provinces (*Cfer. Cuj, eod.*) Pourtant, si l'isolement n'eût pas été complet, la propagation du feu n'aurait guère été moins à craindre. Rien d'ailleurs dans la constitution de Zénon n'a trait à un aussi grave changement apporté aux lois romaines. Il eût pourtant été facile de l'indiquer, ne fût-ce que par opposition à ce qui, de l'aveu de tous, était observé pour les édifices publics.

§ 2. — *Hauteur légale des édifices.*

Dans les premiers temps de la république romaine, il n'était pas nécessaire de l'intervention du pouvoir législatif pour empêcher les particuliers d'élever leurs maisons à une hauteur dangereuse pour la sécurité publique. L'autorité des mœurs publiques suffisait à cette tâche. Celui qui eût osé les braver aurait attiré sur sa tête des soupçons dangereux, et les censeurs se seraient hâtés de réprimer son audace, en le marquant d'une note d'infamie. Nous savons par Valère Maxime (*VIII*,

1, 7) que le censeur L. Cassius fit condamner par le peuple à une forte amende. M. OEmilius Pocina, *quod nimis extructam villam in alsiensi agro haberet.* Mais bientôt ce ne fut plus là qu'un obstacle impuissant à contenir l'orgueil des riches patriciens de Rome. Les auteurs postérieurs font souvent mention de la hauteur exagérée des constructions. Strabon (*l. V, in medio*) se plaint de la liberté de bâtir qu'on laisse aux particuliers. Juvénal regarde comme dangereuse la circulation dans les rues de Rome :

> Respice nunc alia ac diversa pericula noctis
> Quod spatium tectis sublimibus, unde crebrum
> Testa ferit, quoties rimos et curta fenestris
> Vasa cadunt (1).

La première mesure législative pour parer à ces dangers, dont le souvenir nous ait été conservé a été prise par Auguste, et la hauteur des maisons fixée à 70 pieds.

Hujusmodi detrimenta urbis Augustus Cæsar prævidens contra incendia cohortem libertinorum constituit quæ opitularetur : utque ruinæ caverentur, edixit ne novum ullum ædificium ad viam publicam factam ultra LXX pedes attolleretur (2). D'un passage de Suetone, on pourrait conclure que des tentatives du même genre avaient déjà été faites antérieurement. L'historien nous dépeint Octave préoccupé du soin de persuader qu'il suivait en tout les traces des anciens. *Etiam libros et senatui reci-*

(1) Juv. III, 269. Cfer. hist. naturelle de Pline et l'évêque Controv. II, pag. 139.

(2) Strabon l. v. in medio, trad. latine de Xilander.

tavit, et populo notos per edictum sæpe fecit, ut orationes C. Metelli de prole augenda et Rutilii de modo ædificiorum; quo magis persuaderet utramque rem, non a se primo animadversam, sed antiquis jam tunc curæ fuisse. (*Suet. Oct. 89*). Malheureusement c'est tout ce que nous savons de ce discours que P. Rutilius Rufus avait peut-être prononcé en qualité d'édile.

Au nombre des mesures que dut prendre Néron après l'incendie de Rome, pour prévenir le retour de pareils sinistres, Tacite énumère le renouvellement de la loi d'Auguste, *cohibita ædificiorum altitudine* (*Ann. XV, 42*).

Sous le règne de Trajan, des inondations du Tibre et des tremblements de terre avaient ravagé le sol de l'Italie. *Quibus omnibus Trajanus per exquisita remedia plurimum opitulatus est*; *statuens ne domorum altitudo sexaginta superaret pedes, ob ruinas faciles et sumptus, si quando talia contingerent existiosos.* (Aur. Vict. épit. 13). Le mètre comprend environ 3 pieds 1/3 romains. C'est donc à une hauteur de dix-huit mètres que Trajan a réduit les édifices.

Nous ignorons quelle était la peine établie contre les infractions, et même s'il en existait une, mais ces lois sont restées en vigueur; nous les trouvons mentionnées dans la Constitution 1 de Sévère et Antonin au Code Justinien (8, 10) et dans Ulpien (l. 1. § 17. D. 39 1). Ulpien nous apprend même qu'au moyen de l'*operis novi nunciatio* chaque citoyen pouvait assurer l'exacte observation de ces réglements... *Aut si quid contra leges edictave principum quæ ad modum ædificiorum facta sunt, fiet.*

L'empereur Léon paraît avoir permis d'élever jusqu'à la hauteur de cent pieds. (L, 12, § 4 *in initio* C. 8, 10).

Enfin, Zénon, dans une constitution dont nous avons déjà parlé, supprima le maximum légal. Pourvu que l'on respecte l'*intercapedo* de douze pieds, chacun pourra bâtir à telle hauteur qu'il lui plaira. On doit seulement laisser libre au voisin la vue sur la mer, à moins qu'on ne construise à une distance de cent pieds.

La hauteur légale était-elle fixée dans un intérêt d'ordre public ?

Le doute ne peut exister pour les premiers temps de l'empire. Nous avons pris soin de citer les motifs qui ont dicté ces prohibitions ; la crainte de fournir une proie trop facile à l'incendie et de rendre les éboulements trop fréquents ; telle est la raison qu'invoquent constamment les empereurs. Mais la puissance de cette raison ne s'est-elle pas affaiblie avec le temps? N'a-t-on pas fini par considérer la prescription comme édictée dans l'intérêt exclusif des voisins ? De nombreux auteurs le soutiennent, et deux textes paraissent fournir un argument péremptoire en faveur de cette opinion.

Zénon, au § 2 de sa Constitution, supprime le maximum légal, lorsque on bâtit à une distance de douze pieds, c'est-à-dire à une distance où les voisins ne sauraient guère être incommodés. C'est donc uniquement dans leur intérêt qu'existait la prohibition, car les motifs d'ordre public que nous avons indiqués, n'en subsistent pas moins, quelle que soit la largeur de l'*intercapedo*.

De la loi 24 de Paul, au titre de *serv. præd. urb.*, il résulte que celui qui a acquis la servitude *altius tollendi* peut élever *in infinitum*, pourvu qu'il ne grève pas le fonds voisin d'une charge plus lourde qu'il n'a été réellement convenu. Le consentement du voisin suffirait donc pour m'affranchir de la limite légale.

Ecartons d'abord l'autorité de la loi 24. Le texte de Paul est ainsi conçu : « *Cujus ædificium jure superius est, ei jus est in infinitum supra suum ædificium imponere; dùm inferiora ædificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.* » D'après nous, ce texte ne peut s'entendre que d'une dérogation à la *vetus forma*. (V. *infrà*).

Le propriétaire qui acquiert cette servitude peut élever *aussi haut que possible*, *in infinitum*, pourvu que dans l'acte même de concession on n'ait entendu restreindre encore cette faculté, c'est précisément l'espèce que prévoit Ulpien dans la loi 11, § 1, au même titre. Ulpien conseille même de recourir à un arbitre pour trancher la difficulté. Probablement dans le livre d'où est tiré ce court fragment, Paul indiquait par ses expressions que son argumentation devait être restreinte dans la seule sphère accessible aux particuliers, dans la limite légale. Peut-être aussi avait-il jugé inutile de s'expliquer. En présence des constitutions impériales qui créaient une impossibilité juridique de dépasser la hauteur de soixante pieds, dire qu'on peut atteindre cette élévation, ou bien qu'on peut bâtir *in infinitum*, pouvaient paraître au jurisconsulte deux expressions identiques. Mais il nous est difficile d'admettre qu'aux temps des jurisconsultes la hauteur des maisons fût livrée au caprice des particuliers. Paul n'était pas très-éloigné de Trajan : il vivait sous le règne de Caracalla, qui a maintenu ces prohibitions dans la loi 1, au Code de *ædificiis privatis*. De son temps étaient en pleine vigueur ces lois sévères, dont nous allons bientôt parler et qui avaient porté de si graves atteintes au droit de propriété, *ne urbs ruinis deformetur*. Comment comprendre que l'on eût ainsi livré aux caprices d'un par-

ticulier l'exécution d'une loi édictée pour rendre les éboulements moins fréquents ?

Quant à la constitution de Zénon, bien que Justinien l'ait étendue à toutes les villes de l'empire, elle était d'abord spéciale à Constantinople. Or, dans cette ville les inondations et les tremblements de terre ne sont guère à craindre. Zénon, qui se préoccupait uniquement du danger des incendies, a cru prendre des mesures de précaution suffisantes en prescrivant un intervalle libre de douze pieds. Tout entier à cette idée, et pour en propager l'application, il a dans ce cas aboli le maximum légal. Aucun danger ne lui paraissant plus alors à craindre, il a cédé aux sollicitations des habitants qui pour conserver la vue sur la mer étaient obligés d'élever de plus en plus la hauteur de leurs maisons. Mais si on n'observe point la distance de douze pieds, le maximum légal continue de subsister. Rien ne prouve qu'alors la volonté de mon voisin suffise pour me permettre d'enfreindre les constitutions impériales. Cette explication nous paraît très exacte. La rejetterait-on, on devrait néanmoins décider que Zénon a réellement innové et ne pas étendre sa constitution aux temps qui l'ont précédé.

§ 3. — *De la défense de dégrader les édifices.*

De nombreuses constitutions impériales témoignent du zèle qu'apportaient les empereurs à l'embellissement des villes de l'empire. Pour empêcher la négligence des particuliers de laisser leurs maisons tomber en ruines, et troubler ainsi le magnifique spectacle que devait offrir la vue de la ville éternelle, de graves atteintes

furent même portées au droit de propriété. Aucune loi de ce genre n'avait été rendue sous la république. La loi des XII tables *de tigno juncto* avait été édictée dans un intérêt économique ; et Strabon déplore les abus qu'entraînait cette liberté sous le règne d'Auguste. *Nam continentes Romæ substructiones fiunt, ob crebras ruinas, incendia, assiduasque venditiones, quæ ipsæ quasi spontaneæ quædam sunt ruinæ, pro sua libidine civibus ædes demolientibus et ædificantibus identidem.* (*V, in medio*, trad. de Xilander.)

Sous Claude, l'an 40 après Jésus-Christ, a été rendu le Sénatus-Consulte Hovidianum dont l'existence nous a été révélée par une table d'airain trouvée à Herculanum et maintenant de nouveau reperdue. Défense était faite d'acheter une maison pour la démolir et en revendre les matériaux. Le vendeur et l'acheteur devaient payer au fisc une somme égale à la valeur de l'immeuble vendu. Si lors de la découverte de la fraude, la tradition avait déjà été opérée, la vente était déclarée nulle et le vendeur perdait toute action pour réclamer le prix, la propriété n'en demeurant pas moins acquise à l'acheteur. Ce dernier devait verser au fisc le double du prix de vente; aussi lui permettait-on de répéter contre le vendeur la somme qui aurait été déjà payée (*Paul. l. 52 de cont. empt. 18, 1*). Si la tradition n'avait pas été opérée, les choses restaient intactes, mais le vendeur et l'acheteur devaient chacun de leur côté payer une valeur égale au prix de vente. (*Marc. loi fin. de damno inf.*)

Le Sénatus-Consulte s'appliquait également à la vente de la chose d'autrui. (Paul, *loi 52 de cont. empt*).

Il eût été trop facile aux propriétaires d'éluder la

prohibition du Sénatus-Consulte, en ne vendant les matériaux qu'après avoir eux-mêmes démoli leur maison, si une disposition finale ne leur eût enlevé cette faculté. Il ne fut permis de toucher à un édifice que tout autant que cette opération n'impliquait point au fonds une spéculation : *dum non negotiationis causâ id factum censuerint scilicet senatores.*

Ces deux dispositions ont été reproduites dans le Sénatus-Consulte Volusianum rendu sous Néron l'an 56 après Jésus-Christ, et gravé sur la même table d'Herculanum. La seule innovation qu'il consacre, c'est la faculté de démolir les édifices de nulle valeur. Cette exception ne nous est révélée que comme une dispense accordée individuellement à une dame de Mutina ; mais la conclusion du Sénatus-Consulte, la publicité qui lui est donnée à Herculanum par la reproduction sur une table d'airain, ne permettent pas de douter que ce ne soit là une disposition générale.

Un édit de Vespasien étendit la prohibition des Sénatus-Consultes antérieurs. Il ne fut plus permis non-seulement de démolir un édifice, mais même d'enlever les objets qui contribuaient à l'ornementation.

Sous Domitien, nous trouvons dans le droit municipal de Malaca une interdiction plus générale. Toute démolition est prohibée, lors même qu'elle aurait été entreprise sans aucune intention de spéculer sur le prix des matériaux, à moins que la reconstruction ne puisse en être opérée dans le délai d'un an (1).

Il est probable que dans chaque ville, des réglements

(1) Mommsen die stadtrecht von Salpensa und Malaca, Leipzig 1856 p. 780.

particuliers, qui pouvaient différer entre eux, assuraient la reconstruction des édifices. C'est ce qui ressort d'une constitution bien postérieure, puisqu'elle a été rendue en l'an 225 de l'ère chrétienne. L'empereur Alexandre Sévère, consulté sur le point de savoir si l'on peut se dispenser de rétablir une maison tombée en ruines, répond que le président de la province doit examiner les réglements de chaque ville et statuer suivant l'usage des lieux : *Præses, probatis his quæ in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servatæ sunt, causâ cognitâ, statuet.*

Un Sénatus-Consulte rendu sous Adrien renouvela la défense de Vespasien d'enlever aucun ornement des édifices ; il ne fut même pas permis d'en disposer par legs. Ulpien et Paul nous ont transmis quelques détails sur ce Sénatus-Consulte (1) qui s'appliquait à toutes sortes de constructions, bains, tavernes, portiques, même séparés de tout édifice. Peu importait que les objets fussent employés à l'ornementation intérieure. Dès qu'ils adhéraient au sol ou aux murs de l'appartement ou même dès qu'ils avaient été placés à perpétuelle demeure, l'enlèvement en était interdit.

On ne reconnaît que deux exceptions à cette règle :

1° Il est permis de déplacer un objet lorsqu'il doit entrer dans une construction d'intérêt public, et élevée dans la ville même où se trouve l'édifice ainsi dégradé. (L. 41, §§ 5 et 7).

2° Le propriétaire a le droit de transporter les ornements d'une maison dans une autre, même située dans

(1) V. Ulpien l. 41, §§ 1-14; l. 14; l. 45, pr. et § 1. Dig. XXX, 1 et Paul, l. 21, § 2, D. XXXII, 1.

une ville différente, s'il en a la pleine et entière propriété; pour que le legs d'une statue fût valable, il faut nécessairement donner au légataire la propriété *exclusive* des deux maisons.

Constantin (l. 6, C. J. 8, 10) a défendu de transporter les ornements d'une ville à la campagne, sous peine de voir confisquer sa villa. Mais il reste toujours permis d'opérer des changements d'une campagne à une autre.

La loi 7 au même titre : *Nemini columnas vel statuas cujuscumque materiæ ex alia eademque provincia vel auferri liceat, vel movere*, semble contenir une prohibition absolue de changer les ornements en province et former une antinomie évidente avec la constitution précédente. Mais ce tronçon de rescrit pour être compris doit-être rapproché d'autres fragments que nous trouvons au code Théodosien (l. 16, C. Th. *de jud. deb.* ; l. 2, C. Th. *de itinere muniendo*, et surtout l. 15 *de cursu publico*) qui sont tous empruntés au même rescrit de Julien à Avitianus, préfet d'Afrique. Ce que l'empereur défend, ce n'est pas que l'on transporte les statues, mais que l'on emploie à cet usage les chars et les chevaux des habitants de la province. *Neque tamen sit cujusquam tam insignis audacia qui parangarias aut paravedos in civitatibus ad canalem audeat commovere quominus marmora privatorum vehiculis provincialium transferantur, ne otiosis ædium cultibus provincialium patrimonia fortunæque lacerentur* (l. 15, C. Th. *de cursu publico*). Comparez Cujas Observ. 19, 19.

Une autre constitution de l'an 377 ordonne de forcer *judiciaria auctoritate*, tout possesseur à réparer ou relever sa maison tombée en ruines ; mais elle impose

une charge plus lourde aux malheureux décurions qui sont obligés de construire une maison, s'ils n'en possèdent déjà une. *Singularum urbium Curiales, etiam inviti, vel reparare intra civitates quas olim habuerunt domos, vel de novo ædificare cogantur illic semper muniis inservaturi, et acturi propriarum frequentiam civitatum.*

Des mesures plus énergiques encore avaient été prises pour mieux assurer la reconstruction des maisons (1). Les empereurs Vespasien et Adrien avaient permis au premier venu d'occuper l'*area* que le propriétaire refusait de bâtir, et lui en avaient immédiatement attribué la propriété. Suétone (ch. VIII *in Vespasiano*), et Victor Aurélien sont d'accord à ce sujet : *Deformis urbs veteribus incendiis ac ruinis erat. Vacuas areas occupare et ædificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit. — Romam deformem incendiis veteribus ac ruinis reparavit, permissa, si domini deessent, volentibus ædificandi copia* (Cfer., l. 5, C. J., 8, 10). Marc-Aurèle n'attribua la propriété au constructeur que tout autant qu'il n'avait pas été remboursé de ses avances *cum centesimis usuris* dans le délai de quatre mois (Pap., l. 52, *pro socio,* XVII, 2).

Si cette loi avait continué de subsister, il faudrait, ainsi que le propose Cujas (*Observ.*, 19, 20), restreindre la règle *solo ædificium cedit* aux immeubles situés hors de Rome, et corriger ainsi les textes qui dépouil-

(1) C'est à cet ordre d'idées que nous devons rapporter la concession par Marc-Aurèle d'une hypothèque tacite à ceux qui ont prêté des deniers pour la reconstruction d'une maison, soit au propriétaire du sol, soit à un entrepreneur, sur l'ordre de ce dernier (Pap., l. 1, *In quibus causis pignus tacitè contr.*, XX, 2).

lent le constructeur au profit du propriétaire du sol. Mais cette faculté exorbitante laissée à un tiers de mauvaise foi de profiter des embarras momentanés d'un propriétaire pour lui enlever le sol qui lui appartient, n'a pu durer longtemps.

La loi 5 au Code Justinien (8, 10), parle du rescrit d'Adrien comme déjà abrogé. Il n'a été maintenu que dans le cas particulier où un associé a établi l'édifice commun, malgré l'opposition des autres intéressés (loi 52, *pro socio* ; l. 4, C. J., 8, 10). Mais si l'associé avait entrepris de bâtir dans l'intention, non pas de faire une opération utile à tous, mais d'usurper le terrain d'autrui, loin de devenir propriétaire, il n'aurait aucun recours pour obtenir le remboursement de ses impenses.

Mais, ce droit que l'on retire ainsi aux simples particuliers, le trésor public se réserve le pouvoir de l'exercer : *Ad curatoris reipublicæ officium spectat, ut dirutæ domus à dominis extruantur. Domum sumptu publico extructam, si dominus* ad tempus *pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit, jure eam respublica distraxit* (*l. 46 de damno inf.*, D., 59,2). — *Si secundum legem civitatis respublica, cujus meministi, ruina collapsis ædificiis tuis, distraxit aream, nihil contra hujus legis tenorem Rector provinciæ fieri patietur.*

§ 4. — *Nécessité de respecter la* vetus forma. — *Explication nouvelle des servitudes* altius tollendi *et* stillicidii non recipiendi.

Lorsque pendant un temps immémorial, et sans soulever de contestation, un certain état de choses avait

subsisté entre deux immeubles urbains ou ruraux, cet état formait le droit commun de la propriété, et on ne pouvait plus y déroger qu'en obtenant du voisin la concession d'une véritable servitude. Cette règle paraît s'être introduite à l'époque des jurisconsultes classiques, *minuendarum scilicet litium causâ* (Paul., l. 2, pr.. *de aquâ pluv. arc.*). Nous la trouvons mentionnée dans de nombreux fragments au Digeste et au Code (1).

Ces textes sont importants ; non-seulement ils constituent une très remarquable délimitation du droit de propriété, mais ils vont nous permettre de comprendre la paraphrase grecque que Théophile a écrite pour l'intelligence des servitudes *altius tollendi* et *stillicidii non recipiendi*, et d'expliquer ainsi d'une manière exacte ces servitudes, si obscures en apparence.

« *Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commoda eorum volet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere* (Ulp. l. 11 *de serv. urb.*)

« *Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere : sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam habuisse longa consuetudine, vel ex jure impositam servitutem videatur* (*l. 1, § 25 de aqua pluv. arc.*) »

(1) Ulpien, l. 11 pr. de serv. urb. 8, 2 ; l. 1 § 25 de aqua pluv. arc. 39, 3 ; Paul, l. 2 pr. § 1 et 7 eod. ; Scœvola, loi finale eod ; — l. 1 C. J. de serv. et aqua 3, 34 ; Const. de Zénon, l. 12 au Code 8, 10, confirmée par Justinien l. 13 eod. etc. Les lois 17 § 2, D. 8, 5 et 15 D. 8, 4 ; la Const. de Justinien l. 14 § 1 C. J. 3, 34 ne sont que des applications du principe.

Paul dans la loi 2 pr. est encore plus précis :

« *In summa tria sunt per quæ inferior locus superiori servit : lex, natura loci, vetustas quæ semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causâ.* » Et dans le § 1 il cite comme exemple d'une constitution *vetustate :* « *Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam extare quando facta est...* »

On ne peut donc s'y tromper. Il ne s'agit point de l'acquisition d'une servitude par usucapion ; les termes *vetustas*, *vetus forma*, *antiqua forma*, qu'emploient invariablement les autorités citées en note ne peuvent se prêter à une pareille interprétation ; c'est le maintien d'un état qu'a créé une possession immémoriale, qu'ont en vue les jurisconsultes romains. Les avantages et les inconvénients qui en résultent forment le droit commun de la propriété que tous doivent respecter, lors même qu'en fait, un des propriétaires recueillerait ainsi des avantages qu'il n'aurait pu se procurer autrement que par l'acquisition d'une servitude insusceptible d'usucapion.

La même doctrine est reproduite par les Constitutions impériales.

« *Si quas actiones adversus eum, qui ædificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis : Is qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet* (1).

(1) On a conclu de cette constitution que le *longum tempus* était de dix ans comme dans la *præscriptio longi temporis* ; mais

Citons enfin la constitution de Zénon (§ 1):

Et nos itaque præcipimus ut qui proprias domos renovare cupiunt, non solum veterem formam non excedant (sicut hi qui novas ædificant) aut lumen vel prospectum vicinis auferant, adversus ea quæ pridem constituta sunt...

La loi 14 § 1 (C. J. 3, 34), dans laquelle Justinien interdit d'intercepter par des constructions nouvelles le vent utile au propriétaire d'une aire voisine, ne fait que déduire une des conséquences de notre règle (*Cfer l. 17 § 2 D. 8, 5 et loi 13, D. 8, 4*).

Les constitutions 8 et 9 au Code Justinien (3,34), ne peuvent affaiblir la force de nos arguments. Les empereurs Dioclétien et Maximien, interrogés par deux fois, répondent que le voisin ne peut vous empêcher de bâtir s'il ne prouve l'existence en sa faveur d'une servitude *altius non tollendi*. Bien que les fragments de ces constitutions qui nous ont été conservés, ne s'expliquent pas à ce sujet, nous devons les entendre du cas particulier où on n'apporte pas la preuve de la possession immémoriale nécessaire pour qu'il y ait *vetus forma*.

Mais, loin de contredire notre système, ces constitutions le supposent au contraire. Il est évident en effet que si notre règle n'eût pas existé, deux particuliers n'auraient pas importuné l'empereur pour lui demander, si en l'absence de toute prohibition légale ou con-

cette conclusion nous paraît contraire aux expressions mêmes employées par tous les jurisconsultes Cfer l. 2, § 3, D. 39, 3 combinée avec la loi 28 *de probationibus*. Si on l'admettait, il en résulterait que sous Justinien la *vetus forma* et l'acquisition par l'usucapion produisant des effets identiques, toutes les servitudes sont devenues prescriptibles.

ventionnelle, ils peuvent mettre obstacle aux projets du voisin. Les réclamants avouent qu'ils n'ont point acquis de servitude conventionnelle ; ils ne peuvent donc fonder leur prétention que sur une prohibition légale.

Une objection beaucoup plus spécieuse pourrait nous être faite.

Vers la fin du § 2 de sa constitution, Zénon donne aux particuliers qui observeront *l'intercapedo* légal, pleine liberté de bâtir sans consulter d'autres lois que leur propre caprice. *Et ei qui hoc in posterum observaverit, licere domum in quantam voluerit altitudinem excitare et attollere et fenestras fabricare, tam quæ prospectivæ dicuntur, quam quæ luciferæ secundum divinam constitutionem, sive novam domum velit extruere, sive veterem instaurare, sive ex incendio collapsam exœdificare.*

Or, peut-on nous dire, si l'on réfléchit que la condition à laquelle Zénon soumet l'abolition de la *vetus forma* est une prescription légale, à laquelle les particuliers ne peuvent se dispenser d'obéir, et que Justinien a d'ailleurs étendue à tout l'empire; il suit nécessairement qu'au moins sous Justinien , la nécessité de respecter la *vetus forma* n'existait plus.

Nous répondons : Cet argument fût-il exact, la constitution de Zénon ne pouvant recevoir son application que dans les villes, *in omnibus urbibus Romani imperii* (l. 13 *cod.*), l'ancienne règle subsisterait toujours pour les campagnes. Mais il est probable que la constitution de Zénon fut encore moins observée que ne l'avait été la prescription des XII Tables. On tint peu de compte d'une défense dépourvue de sanction. Le *legitimum spatium* ne fut pas respecté ; et comme la dispense de la *vetus forma* était à ce prix , elle continua à former le droit commun même des villes.

Nous avons annoncé que les textes cités *suprà* nous permettaient de donner une explication satisfaisante des servitudes *stillicidii non recipiendi* et *altius tollendi*. Au premier abord, elles paraissent impossibles. La servitude en effet, au point de vue actif, permet par exception ce que n'autorisait pas le droit de propriété lui-même ; or de droit commun tout propriétaire peut élever sa maison, sans avoir à demander la permission du voisin, et refuser de recevoir les eaux qui tombent de son toit. Comment concevoir *le jus stillicidii non recipiendi et altius tollendi* à titre de servitude ?

Bien des explications ont été proposées : Voici les principales.

Théophile, dans la paraphrase grecque qu'il nous a laissée des Instituts, s'exprime ainsi : « *Ou bien tu avais sur ma propriété un semblable droit et je t'ai obligé à ne plus verser sur ma maison ou sur mon terrain, l'eau de ton toit ou de tes gouttières.* »

Cette explication a été généralement repoussée. Prise à la lettre, elle semble en effet renfermer une erreur évidente. La suppression d'une servitude constitue un retour au droit commun de propriété, et ne peut être regardée comme l'acquisition d'une servitude nouvelle. Vainement M. Demangeat (t. I, p. 504) suppose-t-il non plus l'extinction complète de la servitude, mais seulement une modification qu'y apporte la convention des parties. La difficulté n'est qu'éludée. Evidemment il y a là maintien partiel de la servitude antérieure et retour partiel au droit commun.

Suivant Pothier (*ad Pandectas* 8, 2, n° XI), il s'agirait du droit que j'ai acquis de contraindre mon voisin à ne pas garder chez lui ses eaux pluviales, mais à les

envoyer sur mon fonds où elles peuvent être très-utilement employées, par ex : à remplir une citerne. M. Demangeat critique cette solution comme contraire à la nature des servitudes, en ce que le propriétaire du fonds servant serait alors tenu *ad faciendum* ; mais il nous semble que son obligation consiste seulement *in non faciendo ;* il ne doit pas empêcher les eaux de couler sur mon fonds. Cette servitude est donc licite et elle a dû exister dans la pratique romaine ; mais était-ce bien là ce que les jurisconsultes avaient en vue lorsqu'ils parlent du *jus stillicidii non recipiendi?* La conjecture de Pothier, absolument divinatoire, répugne même au sens ordinaire des mots employés pour l'exprimer.

Reste une dernière explication, que l'on trouve dans Du Caurroy (I, nº 412) et qui est généralement admise aujourd'hui. Elle repose sur l'existence de statuts locaux, ayant trait au *jus stillicidii* et édictés uniquement dans l'intérêt des propriétaires voisins, auxquels ceux-ci par conséquent pourraient renoncer.

Les limites du droit commun de la propriété sont déterminées, dit-on, dans chaque cité par des usages ou des statuts locaux, et c'est en dérogeant à ces règles générales que les particuliers peuvent établir des servitudes. Suivant donc que le réglement local défendra ou permettra, de déverser les eaux de son toit sur le fonds voisin, la dérogation conventionnelle à ce droit commun constituera la servitude *stillicidii recipiendi* dans le premier cas, et la servitude *stillicidii non recipiendi* dans le second cas.

Cette supposition de statuts locaux, uniquement établis dans l'intérêt des voisins, dont on ne trouve trace nulle part, créerait d'ailleurs une situation bizarre. Il

en résulterait que dans toute une ville, dans toute une province, si elle est régie par le même statut, il ne pourrait jamais exister que l'une ou l'autre de ces servitudes ; mais il serait impossible de les rencontrer en même temps. Une telle particularité aurait mérité de fixer l'attention des jurisconsultes romains.

Les mêmes hypothèses ont été reproduites pour l'explication de la servitude *altius tollendi*. Pothier seulement adopte le système des statuts locaux. Malgré l'appui d'une aussi imposante autorité, ce système nous paraît encore plus difficile à soutenir.

Nous savons, sans doute, qu'à Constantinople existait dans l'intérêt exclusif des habitants, une prohibition de construire de manière à enlever la vue de la mer. Mais c'est là un fait tout particulier, et nous rencontrons la mention de la servitude *altius tollendi* dans de nombreux passages dont les auteurs ne se préoccupaient guère d'assurer aux habitants de Constantinople la paisible contemplation des rives du Bosphore. En vain, objecte-t-on que des lois avaient déterminé la hauteur des édifices. Mais ces lois rendues pour diminuer le danger des incendies et prévenir de trop fréquents éboulements, étaient évidemment dans un intérêt d'ordre public et il ne pouvait être permis à un citoyen de neutraliser par un acte de sa volonté l'effet des constitutions impériales.

Reste donc comme seule explication possible, celle qui résulte naturellement d'une dérogation à l'état de choses consacré par la *vetus forma*.

Dans les conditions normales où s'exerce habituellement le droit de propriété, chacun peut refuser les égouts des toits voisins, ou bien élever sa maison dans

les limites légales. Si on consent à abdiquer ce droit, on supportera la servitude passive *stillicidii recipiendi*, ou bien *altiùs non tollendi*. Supposons maintenant deux immeubles dont l'un, depuis un temps immémorial, reçoit les égouts des toits environnants, ou bien ne s'élève qu'à la hauteur de trente pieds et permet au voisin de jouir d'une vue agréable. Cet état des lieux, par suite de la règle que nous avons posée, forme le droit commun légal. Si donc le propriétaire assujetti veut s'exonérer de ces charges, il ne le pourra que du consentement de son voisin, *et en acquérant la servitude stillicidii non recipiendi, ou bien altiùs tollendi*. Cette dernière servitude ne lui donne pas évidemment le droit de dépasser la hauteur prescrite par des réglements d'ordre public ; mais dans ces limites, il pourra bâtir, ainsi que son titre l'y autorise. Si la convention était muette, on devrait prendre un arbitre pour décider quelle a été l'intention probable des parties, et ne pas imposer au voisin une servitude plus lourde que celle qu'il croyait accepter. C'est ce que nous indique Ulpien dans la loi 11 § 1 de *serv. urb.* (8, 1) : « *Si inter te et vicinum tuum non convenit ad quam altitudinem extolli ædificia quæ facere instituisti oporteat, arbitrium accipere poteritis.* »

N'oublions pas de remarquer les termes dont se sert Zénon pour indiquer comment on peut se soustraire à l'obligation *veterem formam non excedendi* : « *addimus quale jus is qui ædificat, habere debeat, cum facultatem habet ex pacto vel stipulatione mutandæ, si velit, veteris formæ.* » Ces expressions *ex pacto vel stipulatione* rapprochées du § 4 aux Instituts, *de servitutibus*, ne semblent-elles pas indiquer aux interprètes que c'est bien

en obtenant le *jus veterem formam excedendi* que se créaient les servitudes dont nous nous occupons.

Tout l'honneur de cette explication, aussi solide qu'ingénieuse, revient à M. Humbert, qui, le premier (1), l'a présentée à son cours de Droit romain. C'est là que nous l'avons puisée ; heureux si, en la développant, nous n'avons rien enlevé à la netteté et à la clarté qui caractérisent les travaux du savant professeur.

L'avouerons-nous pourtant, cette argumentation ne nous avait pas entièrement convaincu. A nos yeux, toute explication de ces servitudes, si spécieuse qu'elle puisse paraître, si elle ne concorde pas avec la paraphrase de Théophile, est nécessairement condamnée d'avance. Quand on rejette avec tant de facilité l'autorité de cette paraphrase, on oublie trop dans quelles circons-

(1) M. de Fresquet semble pourtant avoir aperçu cette explication. A la page 127 de son travail, en note, nous lisons : « Ne serait-ce pas dans ces conventions faites contrairement à la *vetus forma*, et aux règles qui vont suivre, qu'il faut placer l'explication de la servitude *altiùs tollendi ?* Nous le pensons. Voir notre *Traité de droit romain*, t. I, p. 292. »

Malheureusement les mots *et aux règles qui vont suivre*, font allusion aux réglements sur la hauteur des édifices, et à la page du traité indiqué, nous ne trouvons que ces lignes :

« Des auteurs ont étendu à cette hypothèse l'explication donnée par Théophile pour la servitude *stillicidii non recipiendi*. Une maison était grevée de *la servitude non tollendi* au-delà de vingt pieds ; par un *nouveau contrat*, le propriétaire obtient le droit de bâtir jusqu'à cinquante pieds ; il acquiert une servitude *altius tollendi*, en ce que le maître du fonds dominant ne peut plus l'empêcher de construire dans les limites de la *seconde convention*. *Peut-être*, est-ce là, en effet, ce que voulait dire Gaius, mais on a proposé d'autres explications. »

tances se trouvait placé son auteur. Ce n'est pas un glossateur vulgaire qui, embarrassé par un texte dont le sens a été obscurci, à la suite de changements législatifs, par l'oubli des anciennes traditions, cherche et trouve une explication plus ou moins plausible. Non, Théophile vivait au temps de Justinien ; il professait le Droit à Constantinople; il a même été l'un des rédacteurs des Instituts. Est-il possible de dire qu'il ignorait une servitude usitée dans la pratique, et qu'il a employé dans les Instituts des mots vides de sens, sauf plus tard à présenter, lui aussi, son explication?

Un tel système est inadmissible ; et tous les efforts des commentateurs modernes doivent se borner à pénétrer le sens des termes, en apparence contradictoires, employés par le professeur de Constantinople.

Or, en y réfléchissant bien, nous croyons que l'explication de M. Humbert ne diffère de la paraphrase grecque que par la terminologie. Tandis que le savant professeur de Toulouse, s'inspirant d'idées rationnelles, appelle droit commun de la propriété l'état de choses résultant de la *vetus forma*, Théophile emploie le langage inexact des jurisconsultes Romains et semble qualifier de servitudes les charges qu'impose le maintien de cet état de choses. Qu'on jette les yeux sur les nombreux fragments que nous avons eu le soin de citer, et partout on retrouvera le mot servitude. C'est là un langage inexact; mais au fond, Théophile reconnaît bien qu'il s'agit de la règle normale du droit de propriété, puisque toute dérogation produit une servitude.

Jusqu'ici on a cru que Théophile appelait servitude l'extinction d'une servitude antérieurement créée par convention ou par usucapion. Mais pour lui attribuer

une aussi lourde erreur, il faudrait au moins que les expressions dont il se sert ne permissent pas d'autre alternative. Or traduisons littéralement : « *ou bien tu avais sur ma propriété un semblabte droit, et je t'ai obligé* à ne plus verser sur ma maison ou sur mon terrain l'eau de ton toit ou de tes gouttières. » La constitution de la servitude *stillicidii non recipiendi*, résulte bien de la convention *je t'ai obligé;* mais par le mot *droit* auquel on déroge, ne peut-on entendre qu'une servitude résultant d'un contrat, et non un droit, conséquence du *status ac forma antiquorum œdificiorum*, ainsi que nous le soutenons? Evidemment les expressions de Théophile s'accordent très-bien avec notre interprétation.

Nous trouvons d'ailleurs dans la loi moderne, un exemple d'une analogie frappante qui nous fera mieux encore comprendre la pensée de Théophile.

Les rédacteurs du Code Napoléon ont appelé servitudes imposées par la loi ou dérivant de la situation des lieux, les délimitations légales qui constituent la sphère normale de la propriété foncière en France. C'est ainsi qu'ils ont qualifié de servitude, la nécessité imposée au propriétaire du fonds inférieur de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur. Supposons que ce propriétaire obtienne, à prix d'argent, d'être exonéré de cette charge; personne ne conteste qu'il n'obtienne ainsi une véritable servitude ; or, ne pourrait-on pas alors reproduire les propres expressions de la paraphrase : « Tu avais sur ma propriété un semblable droit (celui de faire couler les eaux naturelles) et je t'ai obligé à ne plus verser sur mon terrain les eaux de tes propriétés? »

En résumé, il résulte de tout ce qui précède que

M. Humbert, en cherchant une meilleure explication des servitudes *altiùs tollendi* et *stillicidii non recipiendi*, a éclairé d'un jour nouveau la paraphrase jusqu'alors si obscure du professeur grec, et nous a permis d'en apprécier toute l'exactitude. C'est là surtout ce qui nous convainct de la vérité de son système, et nous porte à considérer comme désormais inutile, cette controverse qui depuis si longtemps divisait tous les commentateurs.

CHAPITRE II.

Restrictions au droit de propriété résultant de la nature des lieux.

§ 1. CHARGES QUI RÉSULTENT DU VOISINAGE DES FLEUVES ET VOIES PUBLIQUES; — § 2. DES SERVITUDES DE PASSAGE; — § 3. CHARGES RÉCIPROQUES DE DEUX FONDS DONT L'UN EST INFÉRIEUR A L'AUTRE; — § 4. ÉCONOMIE RURALE; — § 5. RESTRICTIONS RÉSULTANT DE LA POLICE DES CADAVRES.

§ 1. — *Charges qui résultent du voisinage des fleuves et voies publiques.*

(*a*) Les propriétaires dont les maisons touchaient à une rue publique, étaient tenus de construire et d'entretenir à leurs frais la partie de la rue qui bordait leur demeure et les aqueducs établis à ciel-ouvert, en se conformant aux prescriptions des édits municipaux sur la voirie. S'ils négligeaient de le faire, les locataires pouvaient les remplacer, sauf à précompter l'argent

par eux avancé sur le prix du loyer (voir Pap. loi un. *de viâ publicâ et si quid* 43, 10). L'édile spécialement préposé à la surveillance de la rue en mauvais état, devait aussi adjuger aux enchères publiques les travaux à exécuter. Si dans les trente jours qui suivaient, l'adjudicataire n'était pas remboursé de ses avances, on lui accordait contre les propriétaires négligents et suivant la part contributoire de chacun, une *condictio* pour le montant de son enchère et moitié en sus.... *Diebus triginta proxumis... Si non satisfecerit is, quantæ pecuniæ adtributus erit, tantam pecuniam et ejus dimidium ei, cui adtributus erit, dare debeto, inque eam rem is, quocumque de ea re aditum erit, judicem judicium ita dato, uti de pecunia credita judicem judiciumque dari oportebit* (*V. Tabula Heracleensis :* textes *ante Just.*, de Blondeau, p. 81 et 82).

(*b*) Une disposition de la loi des XII Tables, mettait l'entretien des routes publiques à la charge des propriétaires riverains, *ni vias muniunt viis qui amsegetes* (1) *sunt qua volet jumenta agito* (*Cfer Cic. pro cœcina nº 29*). Chaque riverain devait contribuer à la dépense, suivant l'étendue de son champ. « *Viæ aliter atque aliter muniuntur. Per pagos, id est per magistros pagorum qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt ; aut unicuique possessori per singulos agros certa spatia adsignatur quæ suis impensis tuentur. Etiam titulos finitis spatiis positos habent, qui indicent cujus agri quis dominus quod spatium tueatur.*

La charge assez onéreuse qu'établit la loi des XII

(1) Amsegetes dicuntur quorum ager (alias seges) viam tangit. (Festus in verbo amsegetes).

Tables en permettant à tout voyageur de traverser les champs limitrophes, même avec les charriots, semble une conséquence de l'obligation de veiller à l'entretien des routes. Il n'en a pas toujours été ainsi ; et cette faculté a été étendue même au cas où la route est devenue impraticable par suite d'une inondation, dont le propriétaire ne peut évidemment pas être rendu responsable : « *Cum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet* (*Gaius l. 14, § 1, quem serv. amit. 8, 6. Cfer l. 1, § 6, de itinere actuque priv. D. 43, 19*).

(*c*) Les Romains distinguaient les rivières publiques des rivières privées dont les particuliers pouvaient avoir la pleine propriété. Les premières comprenaient toutes les rivières qui, sans être de simples ruisseaux, avaient un cours *perennis* (Ulp. l. 1, I, § 3 *de flumin.* 43, 12). A elles seules s'appliquait l'édit du préteur : « *ne quid in flumine publico ripave ejus facias... ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immitas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat* » Le mot *ripa* se prend dans deux sens différents. Tantôt on désigne ainsi la partie relevée de chaque côté qui retient les eaux dans leur lit : la rive s'étend alors jusqu'au point où les eaux atteignent leur plus grande hauteur sans pourtant déborder ; cette rive est publique comme le fleuve lui-même (l. 1, § 3 ; l. 3, pr. et § 1 *de fluminibus*). Tantôt on entend par *ripa*, un certain espace parallèle au lit et qui sert au besoin de la navigation ; cette rive est dans le domaine privé ; elle reste aux mains des particuliers, mais grevée de certaines restrictions tendant à favoriser la navigation et qu'énumère le § 4 aux Instituts, *de rerum divisione* « *Riparum*

usus *publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare, et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est sicuti per ipsum flumen navigare. Sed* proprietas *illorum est, quorum prædiis hærent; qua de causa arbores quoque in his nata eorumdem sunt.* »

Cette servitude ne pourra guère donc atteindre les propriétaires des rivières publiques non navigables.

Est-il besoin d'ajouter que les deux rives doivent changer avec le cours du fleuve lui-même?

§ 2. — *Des servitudes de passage.*

Dans les terres que les Romains après la conquête, enlevaient aux vaincus et qu'ils distribuaient aux vétérans, à titre de propriété définitive (*Agri assignati*), comme les limites touchaient au sol inculte, le possesseur devait livrer passage à tout habitant de la colonie qui désirait le défricher. Il devait en être ainsi lors même qu'il aurait fallu traverser une villa particulière (*Flaccus p. 158*; *Hyginus p. 120*, éd. *Lachm*).

Dans certaines circonstances, nous avons le droit de forcer le propriétaire à nous livrer passage à travers son fonds; par exemple, pour aller réparer le cloaque que j'ai fait construire et qui traverse la maison d'autrui (*Ulp. l. 1, de cloacis, 43, 23*); pour faire sur le fonds supérieur les réparations nécessaires et empêcher les eaux qui s'en écoulent de créer à mon égard une servitude trop onéreuse.

Toute personne peut aller sur le fonds d'autrui chercher ce qui lui appartient : un trésor (*fr. 15 ad exhib.*

D. 10, 4) un esclave fugitif (*l. 5, de fugiti. D. 11, 5*), les fruits tombés de l'arbre.

Cette dernière disposition, qui tire son origine de la loi des XII Tables, aurait été garantie par un interdit. Pour ne pas rendre cette charge trop onéreuse pour le voisin, il n'était permis de l'exercer que *tertio quoque die.* (*L. un. de glande leg. D. 43, 28*). Ces expressions peuvent également se traduire chaque deux jours ou chaque trois jours ; les Romains dans leur manière de compter, comprenant ou négligeant indifféremment le jour qui sert de point depart', (*Rein, p. 320 et 321*). Si les troupeaux en paissant se nourrissent de ces fruits, on n'a contre le maître, ni l'action de *pastu* ni l'action de *pauperie ou damni injuria facti*, mais une action *in factum* (l. 1 § 1 D. 134).

Une constitution des deux Antonins avait aussi contraint celui dont la propriété touchait à un *sepulcrum* d'accorder un passage pour y arriver, moyennant une indemnité fixée par le juge (*Ulp. l. 12, pr. de religiosis D., 11, 7*).

§ 3. — *Charges réciproques de deux fonds dont l'un est inférieur à l'autre.*

Le propriétaire d'un fonds inférieur est obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur ; mais il a aussi le droit d'exiger qu'elles ne soient point retenues. Aucun des deux propriétaires ne peut par un fait actif, apporter un changement à leurs cours habituel (*nec obstant l. 1, § 5 et l. 5 pr. et § 2, de aqua pluv. D., 31, 3*); mais aucun principe de droit ne peut les obliger à faciliter eux-mêmes cet écoule-

ment. Le voisin peut seulement, s'il y a intérêt aller faire lui-même sur l'autre fonds tous les travaux nécessaires pour le maintien de l'état ordinaire des lieux.

L'action *aquæ pluviæ arcendæ*, comme l'action *damni infecti* prévient un fait dommageable, mais elle est impuissante à assurer la réparation du préjudice déjà causé. On atteignait ce résultat au moyen de l'interdit *quod vi aut clam* (*G. l. 15 eod*).

Quoique personnelle, cette action ne se donne que contre le possesseur du fonds. S'il est lui-même l'auteur du fait dommageable, il est tenu de remettre les lieux dans leur état primitif ; sinon, il doit seulement *præstare patientiam*, vous permettre de faire vous-même les ouvrages nécessaires sur son propre fonds. (*Ulp. l. 6*, § 7, *eod.*).

L'action *aquæ pluviæ arcendæ* ne peut être demandée que lorsque il s'agit de deux champs. Evidemment notre règle qui n'est qu'une conséquence du droit de propriété, s'applique aux édifices; on en poursuit alors l'exécution par l'action négatoire (Ulp. l. 1, § 17 *eod.*).

Ajoutons qu'il avait été reconnu que dans un cas de force majeure, je pouvais dévier les eaux d'un torrent grossi par l'orage sur le fonds voisin, en cherchant à me préserver moi-même de l'inondation..... *si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.* (Paul l. 2, § 9, *eod.*).

§ 4. — *Economie rurale.*

Numa Pompilius avait ordonné de marquer les limites de chaque champ par des bornes en pierre qui, consacrées à *Jupiter terminalis*, devinrent, sous le nom de *termini*, de véritables dieux.

Termine, sive lapis, sive es defossus in agro
Stipes, ab antiquis; tu quoque numen habes.
(Ovid. Fastes, II).

Celui qui enlevait une borne était dévoué aux dieux, lui et ses bœufs. (*Festus v° termini*).

Une disposition de la loi des XII Tables rendit peu fréquente l'application d'une peine aussi terrible. Pour prévenir toute contestation, la loi voulut qu'entre chaque héritage, fût laissé libre un espace de cinq pieds, consacré aux dieux et par suite insusceptible d'usucapion.

Cette loi est restée en vigueur jusqu'à Justinien. Lorsque la *præscriptio longi temporis* fut étendue aux choses jusque-là insusceptibles d'usucapion, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadien eurent soin d'en excepter le *finale legitimum spatium*. (L. 4. C. Th. de *fin. reg.*). Cette Constitution était même plus sévère que la loi des XII Tables; car elle s'appliquait non-seulement à un espace de cinq pieds, mais encore à tout ce qui se trouvait compris dans les *limites*; cette dernière disposition a été rapportée sept ans après. (L. *ult.* C. Th, *eod.*). L'imprescriptibilité ne fut maintenue que pour le *finale spatium :* elle subsista même après que la prescription de trente ans eut été établie pour toutes les autres actions. (V. loi un. C. Th. *de act. cert. temp. finiendis*). Toute contestation qui surgissait, à l'occasion de ce *spatium* de cinq pieds, devait être tranchée par la sentence des *agrimensores*, dont la mission consistait uniquement alors à retrouver les anciennes limites.

Justinien a reproduit dans son Code les Constitutions

de ces empereurs, mais en leur faisant dire précisément tout le contraire. (Comparez avec les constitutions précédemment citées au Code Théodosien les lois 5 et 6. C. J. *de finium reg.* 3, 39, et l. 3, C. J. de *præsc. triginta annis.*

Aussi dans le Digeste ne trouve-t-on que les peines édictées contre l'enlèvement des bornes. La peine capitale n'a été maintenue que pour les esclaves, et lorsque le maître refusait de payer l'amende. (Cfer le titre *de termine moto*, D. 47, 21).

Sous l'empire, on apporta certaines restrictions au droit de propriété pour assurer surtout l'exécution des charges qui pesaient sur les malheureux propriétaires.

On ne peut vendre un champ sans les colons qui le cultivent. (L. 2. C. J. *de agr. et censit.* 11, 47.

Les habitants d'une bourgade ne peuvent vendre leurs immeubles à un étranger. (L. un. C. J. *non licere* 11, 45).

Les décurions ne peuvent aliéner aucune partie de leurs biens sans le consentement de la majorité de leurs collègues. (L. 2, 3, *de præd. decurionum* C. J. 10, 33). La vente faite par un membre d'une corporation organisée, n'en laisse pas moins ses biens soumis pendant cinquante ans à toutes les charges du *collegium* : « *Res enim oneri addicta est, non persona mercantis.* (L. 1, 2, 7. 10, *de præd. navic.* C. Th. 13, 6).

Les sénateurs, désignés pour la préture, vendaient leurs biens, afin de se soustraire aux charges qu'entraînaient ces honneurs involontaires ; la loi 7 au Code Théodosien *de senatoribus*, 6, 2, impose la nécessité d'une autorisation préalable.

Nombre de propriétaires dégradaient leurs biens,

arrachant leurs vignes, détruisant les arbres pour échapper au fardeau écrasant des impôts. Ulpien déclare qu'on doit continuer à les taxer (l. 51 *de censibus*, D., 50, 15). Une constitution au Code Théodosien (l. 1, *de censit.*, 13, 11), juge la peine insuffisante : *Capitale subibit exitium, et bona ejus in fisci jura migrabunt.* Justinien a laissé, *competenti indignationi magistratus*, le soin d'arbitrer la peine (l. 2, *de censibus*, 2, 57).

D'autres restrictions avaient été indiquées dans l'intérêt privé.

Citons une disposition anti-économique qui, sous le nom de *ban de vendanges*, a survécu jusqu'à nos jours : *Præsides provinciarum ex consuetudine cujusque loci, solent messis vendemiarumque causa tempus statuere* (l. 4, *de feriis*, § 2, 12).

La loi des XII Tables avait ordonné de ne planter qu'à une certaine distance du fonds voisin ; c'est ce que nous apprend Gaius dans un fragment que nous reproduisons en entier : « *Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodam modo ejus legis quam Athenis Solon dicitur tulisse.* » *Nam illic ita est* : « *Si quis sepem ad alienum prædium fixerit infoderitque, terminum ne excidito : Si* maceriam, *pedem relinquito*; *si vero* domum, *pedes duos. Si aut scrobem foderit, quamtum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito : Si* puteum, *passus latitudinem; at verò* oleam, *aut* ficum, *ab alieno ad novem pedes plantato : cæteras arbores ad pedes quinque* (l. fin. D., de fin. reg.). »

Quoique ces distances aient été observées, le voisin ne doit point laisser avancer sur ma propriété les branches de ses arbres. Le préteur accordait deux in-

terdits différents, suivant qu'il fallait protéger un édifice ou un fonds de terre. Lorsque les branches s'étendaient sur mon édifice, le maître devait abattre l'arbre lui-même; s'il restait dans l'inaction, je pouvais le faire moi-même et garder le bois (Ulp., l. 1, *pr. de arb. cæd.*, D. . 43, 27). Lorsque l'arbre s'avançait sur un terrain non bâti, le propriétaire lésé ne pouvait exiger l'ébranchement que jusqu'à une hauteur de quinze pieds à partir du sol. Il avait aussi le droit de le faire lui-même, en gardant le bois, si le voisin refusait d'agir (Ulp., l. 1, § 7, *eod.*).

Si l'inclinaison des branches n'était qu'un fait accidentel produit par la violence du vent, on ne pouvait intenter que l'action négatoire : *jus ei non esse talem arborem habere* (Pomp., l. 2, *cod.*).

Si les racines de l'arbre voisin poussaient sur mon propre fonds, je devais également intenter l'action négatoire, sans pouvoir moi-même les couper (l. 6, § 2, D., 47, 7).

§ 5. — *Restrictions résultant de la police des cadavres.*

Dans les premiers temps de Rome, chaque famille ensevelissait ordinairement les morts dans sa propre demeure (Isid., *Orig.*, XV; Servius ad Virg., *Æneid.*, VI, 205). La loi des XII Tables défendit de brûler ou d'ensevelir un cadavre dans l'enceinte de la ville ; tout propriétaire avait le droit d'exiger que le bûcher fut au moins à soixante pieds de ses édifices (1) (Cic., *de Le-*

(1) M. de Fresquet, rapprochant cette décision de la loi 5, C.

gibus, II, 25, § 61). La loi *Duilia* renouvela ces prohibitions (Serv. ad Virg., *Æneid.*, XI, 206). On ne les transgressait que dans les funérailles des hommes illustres dont on voulait honorer la mémoire (V. Cic., *de Legibus ;* Dion. Cassius, 44, 7).

Dans certains municipes , des réglements contraires paraissent avoir été en usage. Un rescrit d'Adrien en prononça l'abolition, et généralisa la prescriptiou de la loi des XII Tables (Ulp., l. 3, § 5; D., 47, 12).

Les tombeaux étaient d'habitude élevés sur la limite des propriétés à une certaine distance du voisin. Le terrain occupé par le *sepulcrum* devenait chose religieuse, lorsque l'inhumation avait eu lieu avec le consentement du propriétaire. Dans le cas contraire, ce dernier a une action *in factum* pour faire enlever les cendres ou obtenir une indemnité (*Ulp.*, l. 2, § 2, *D. de religiosis*, 11, 7). S'il violait lui-même le tombeau, sans en avoir obtenu la permission de l'empereur ou du pontife, il pourrait être poursuivi par l'action d'injures (*Ulp.*, l. 8, *eod.*).

Th. *de calcis* (v. *infrâ*), de la loi 2, §29, *ne quid in loco publico*, D. , 43', 8, et du fr , 1, § 2, *de cloacis*, D., 43, 23, croit avec raison pouvoir en conclure qu'il existait à Rome d'autres réglements généraux de police dans un intérêt de salubrité publique qui ne nous sont point parvenus (loco cit., p. 123).

CHAPITRE III.

Expropriations pour cause d'utilité publique ou privée.

§ 1. DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE. — § 2. ACTION *de tigno juncto*. — § 3. CAUTIO DAMNI INFECTI. — § 4. RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER A TITRE GRATUIT. — § 5. POUVOIR DU JUGE DANS LES ACTIONS DIVISOIRES.

§ 1. — *De l'expropriation pour cause d'utilité publique.*

Nous diviserons cette section en deux parties distinctes; dans la première nous nous occuperons des règles générales sur l'expropriation pour cause d'utilité publique; dans la seconde nous examinerons certains cas d'application aux meubles du principe de l'expropriation.

A. — *Règles générales de l'expropriation pour cause d'utilité publique.*

Nous devons tout d'abord séparer la condition de trois classes de biens dans l'empire romain : le sol italique, les fonds provinciaux et le territoire des peuples conquis, au moment même de la défaite.

Quant à ce dernier, il ne peut être question d'expropriation. La victoire avait rendu Rome maîtresse de toutes les propriétés, et c'était par faveur qu'elle con-

sentait à laisser aux vaincus une partie de leurs anciennes possessions. Lorsque les Romains, pour mieux assurer leur domination, entreprenaient, après la conquête, ces immenses travaux dont le récit nous étonne encore, il ne pouvait être question de droits opposables à la volonté du vainqueur.

Les fonds provinciaux ont été également pendant très longtemps regardés comme la propriété du peuple ou de César. L'empereur pouvait toujours en disposer, sauf à concéder une indemnité aux possesseurs du sol, à raison de la perte de cette possession (1).

La question de l'expropriation ne peut donc surgir que pour les propriétés *ex jure Quiritium*, situées en Italie ou dans les provinces, ayant obtenu le *jus italicum*, jusqu'à ce qu'un droit unique ait fini par régir tout le territoire de l'empire.

On a soutenu qu'à Rome l'expropriation pour cause d'utilité publique était toujours restée inconnue et que la volonté d'un particulier suffisait pour arrêter l'exécution des plus grands travaux publics. On argumente de l'absence de textes afférents à cette matière dans les recueils de Justinien et du § 56 de la vie d'Octave où Suétone rapporte qu'Auguste renonça à l'agrandissement du Forum devant la résistance des propriétaires dont il aurait fallu abattre les maisons : « *Forum angustius fecit, non ausus extorquere possessoribus proximas domos.* »

(1) Quant aux *agri vectigales*, s'ils avaient été concédés par le peuple romain, ils pouvaient être repris sans indemnité (*l. 11 § 1 de public. et vectig., D. 39, 4, Cfer l. 11 D. de evictione 21, 2, et Orose v. 18*). Il en était autrement des fonds appartenant aux municipes et concédés à perpétuité sans clause de révocation (*l. 2 et 3 si ager vectigalis D. 6, 3*).

Mais dans tout ce paragraphe Suétone énumère des traits de l'habileté politique avec laquelle Auguste sut s'attirer la reconnaissance de ses concitoyens. Or, puisque Suétone loue Auguste d'avoir reculé devant le mécontentement qu'aurait excité la dépossession de quelques riches citoyens, c'est qu'évidemment il avait le pouvoir de faire autrement.

Nous allons voir bientôt au Digeste et surtout au Code Théodosien de nombreux fragments ayant trait à l'expropriation; mais, en l'absence de tout texte, la raison ne nous conduirait-elle pas à la même conclusion? Est-ce qu'il est possible d'admettre que chez aucun peuple civilisé, le caprice d'un simple citoyen oppose un *veto* absolu à l'exécution de ces grands travaux publics, nécessaires à l'existence même de la nation? Les empereurs romains que la *lex Regia* (1) investissait du droit de disposer à leur gré, pour l'usage et la majesté de la république des choses divines et humaines, publiques et privées, les déclarant d'avance dispensés de toute obéissance aux lois et plébiscites, et qui usaient parfois si largement de cette liberté en battant monnaie avec les têtes de leurs sujets, pouvaient-ils s'arrêter devant l'existence d'un droit particulier quand il s'agissait d'embellir la ville éternelle ou de veiller au salut de l'Empire? Non certes, et nous avons déjà vu les empereurs

(1) Utique quæcumque ex usu reipublicæ, majestate, divinarum, humanarnm, publicarum, privatarumque rerum esse censebit, ei facere jus potestasque sit...

Utique quibus legibus. plebeive scitis scriptum fuit ne Div. Aug. Tiberiusve, Julius Cæsar... tenerentur, Is... Vespasianus solitus sit. (Lex Regia rendue à l'avènement de Vespasien et decouverte à Latran sur une table de bronze, entre l'an 1342 et l'an 1353).

Vespasien, Adrien, Marc-Aurèle, confisquer *l'area* du propriétaire inactif au profit du premier envahisseur qui voudrait y élever une construction. — Aussi, bien bien que Justinien dans ses recueils ne se soit nullement occupé de questions administratives, la loi 33 d'Africain au Digeste *locati conducti* mentionne-t-elle l'expropriation. Cette loi parlant d'un cas où le bailleur reste tenu *ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id præstet,* d'un cas de force majeure par conséquent complètement indépendant de sa volonté, cite la *publicatio*, qu'il est impossible de traduire autrement que par le mot expropriation. *Cfer l. 2, § 21 ne quid in publico loco.*

Dans le Code Théodosien, le titre *de operibus publicis*, contient une foule de constitutions ordonnant des expropriations (voir lois 4, 9, 17, 18, 22, 25, 38, 39, 46, 50, 51, 53 *C. Th. de operibus publicis XV, 1 ; l. 1 C. Th. de aquæductu; l, 5 C. Th. de calcis coctoribus 14, 6*).

Nons ne citerons que cette dernière Constitution : « *Omnes fornaces per omne spatium quod inter amphiteatrum et divi Juliani portum per litus maris extenditur*, tolli præcipimus, propter salubritatem urbis amplissimæ, et nostrarum ædium vicinitatem, *nec ulli in his locis coquendi calcis præberi licentiam.* » L'empereur ordonne la destruction des fours à chaux, qui, placés dans une certaine partie de la ville, près du palais impérial, peuvent compromettre la santé des habitants et du prince lui-même ; et il suffirait de la résistance d'un particulier pour arrêter l'exécution de cette Constitution !

Frontin, dans son livre sur les aqueducs (§§ 125-128), nous donne le texte de deux Sénatus-Consultes rendus l'an 741 de Rome, qui permettent formellement d'expro-

prier pour livrer passage aux aqueducs. Ces Sénatus-Consultes consacrent le droit pour les entrepreneurs de ces travaux de passer sur les champs voisins et d'y prendre, moyennant une juste indemnité, tous les objets dont ils peuvent avoir besoin. Frontin ajoute... « *multo magis, cum majores nostri, admirabili æquitate*, ea quidem eripuere privatis, *quæ ad modum publicum pertinebant: sed cum aquas perducerent;* si difficilior possessor in parte vendenda fuerat, *pro toto agro pecuniam intulerunt, et post determinata necessaria loca, rursus eum agrum vendiderunt, ut in suis finibus proprium jus tam res publica quam privata haberent* (§ 128). »

Devons-nous, comme on l'a fait, conclure de ces lignes que l'expropriation était pratiquée pendant la république ?

Nous n'osons l'affirmer. Si le mot *eripuêre* semble bien indiquer une dépossession forcée, la suite ne confirme peut-être pas cette interprétation. Si le possesseur fait des difficultés pour céder une partie de son champ, pour vaincre sa résistance, on lui achète le tout. Ne semble-t-il pas qu'il s'agisse d'un véritable marché, plutôt que d'une expropriation. Frontin d'ailleurs, en rapportant le Sénatus-Consulte de l'an 741, se félicite de ce que *désormais* la construction des aqueducs ne pourra plus être entravée par le mauvais vouloir des particuliers. Cela n'indique-t-il pas que l'expropriation n'était point encore entrée dans les mœurs publiques pendant la période républicaine? Ce Sénatus-Consulte ne serait-il pas le premier pas fait dans cette voie?

Tite-Live paraît confirmer ces inductions lorsqu'il raconte que M. Licinius Crassus empêcha la construction d'un aqueduc par son refus de laisser passer à travers

ses propriétés : « *Habuere (censores) et in promiscuo præterea pecuniam. Ex ea communiter locarunt aquam adducendam, fornicesque faciendos.* Impedimento operi fuit M. Licinius Crassus qui per fundum suum duci non est passus. » Si on adopte cette opinion, on pourrait encore expliquer le passage de Suétone, en disant que cet écrivain loue Auguste de n'avoir pas édicté, pour faciliter l'expropriation, une loi à laquelle les mœurs publiques ne répugnaient plus.

Ce système que nous ne présentons qu'avec timidité, concorderait très-bien avec le profond respect dont les vieux Romains entouraient le culte de la propriété. Il expliquerait pourquoi nous ne trouvons dans aucun texte une législation complète sur l'expropriation. Les empereurs rendaient des rescrits suivant les circonstances ; ils devaient se garder de promulguer une loi générale dont l'existence eût gêné plus tard leurs caprices. Si l'expropriation eût subsisté sous la république, il n'en eût pas été évidemment de même. Remarquez que l'absence d'une loi coërcitive ne pouvait nuire à l'exécution des grands travaux publics; la puissance des mœurs publiques tenait lieu de contrainte légale. Chacun mettait son honneur à contribuer à l'exécution de ces travaux qui devaient assurer la grandeur et la prospérité de Rome. Le citoyen qui avait fait construire une route lui transmettait son nom. Construire ou réparer un chemin était devenu l'un des moyens les plus sûrs d'arriver à la popularité (1). Personne n'eût alors osé tenter de mettre obstacle à ces entreprises. Ce ne fut

(1) Desobry, voyage d'un Gaulois à Rome, au siècle d'Auguste.

que dans les derniers temps de la république, lorsque les vertus civiques tombèrent en oubli, lorsque chaque citoyen, plaça ses intérêts ou ses caprices au dessus de l'intérêt général, que l'on comprit la nécessité de recourir à une contrainte légale.

Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que l'expropriation existait sous l'Empire. En principe elle ne peut avoir lieu que pour des causes d'utilité publique. Pas de difficulté lorsque l'Etat est directement intéressé. Mais les municipes, les *pagi*, pouvaient-ils aussi y recourir? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement ; car ils étaient chargés d'exécuter des travaux publics, importants, des aqueducs, des routes, des greniers pour réunir les denrées dont la prestation était faite en nature (*Siculus Flaccus, p. 27 ; Cfer l. 55, de op. pub. C. Th. 15,1, et Ulp. l. 27, § 5, de usufructu. D., 7, 1*).

Si maintenant, entrant dans les détails, nous nous demandons comment s'opérait cette expropriation, nous ne rencontrons guère que le doute et l'incertitude. MM. de Fresquet et Garbouleau (1), croient pouvoir constater que l'expropriation pour cause d'utilité publique en Droit romain, était à peu près régie par les mêmes principes que de nos jours : déclaration d'utilité publique après une enquête *de commodo et incommodo ;* application du décret par le préfet de la ville ou le préfet du prétoire aux propriétés à exproprier ; fixation d'une indemnité toujours pécuniaire par un jugement d'arbitres experts. Ce n'est qu'après le paiement préalable que les *censitores* prononcent l'expropriation comme de nos

1) Thèse de doctorat sur le domaine public avec un appendice sur l'expropriation à Rome, p. 144.

jours les tribunaux civils. La conformité est parfaite ; rien n'y manque, pas même l'art. 50 de la loi de 1841, avec cette différence en faveur du Droit romain que l'exception française est de droit commun à Rome !

Cette théorie repose-t-elle sur des textes certains ? Nous ne le pensons pas. On suppose toujours en vigueur les dispositions rappelées par Frontin ; or, non-seulement ces dispositions ne sont reproduites dans aucun document législatif ; non-seulement aucune constitution n'y fait allnsion, ce qui n'aurait pas manqué d'arriver, si elles avaient servi de base à tout le système romain; mais elles ne me paraissent pas pouvoir se concilier avec plusieurs constitutions au Code Théodosien. En outre, on généralise peut-être trop des constitutions rendues dans des cas tout particuliers.

Pour nous, tout en reconnaissant que le peu de données que nous possédons ne nous permettent de rien affirmer de précis, nous inclinerions à croire que sous les empereurs aucune constitution, aucune loi n'avait réglementé la matière de l'expropriation pour cause d'utilité publique (1) ; mais le principe existait certainement, puisque nous en avons vu de nombreux cas d'application.

Généralement, au moins à Rome et à Constantinople, nous ne savons rien des provinces, en même temps qu'il prononçait l'expropriation, l'empereur accordait une indemnité, consistant parfois en argent (*l. ult. C. Th. de op. pub.*) ; parfois aussi en compensations de toute autre nature. C'est ainsi que dans la loi 50 *C.*

(1) Cfer. M. Serrigny, droit public et administratif des Romains, n° 955.

Th. de op. pub., pour élever le portique des thermes *d'Honorius*, on donne comme indemnité aux particuliers dont on a pris les terrains, le *jus superædificandi*, et en outre une vieille basilique qu'ils devront se partager entre eux, *ut contractus quidam et permutatio videatur facta*. Y a-t-il là quelque chose qui rappelle les garanties énumérées par Frontin, et les particuliers pourraient-ils se refuser *à cette sorte d'échange ?*

Dans la constitutions 51, Théodose le Jeune donne aux propriétaires des fonds sur lesquels on va construire un mur d'enceinte, l'usage des tours, à la charge par eux de les entretenir ; et il termine en s'applaudissant d'avoir su concilier l'intérêt privé et l'intérêt général : « *Ita enim et splendor operis et civitatis munio cum privatorum usu et utilitate servabitur.* »

La loi 1, *de aquæductu*, C. Th. XV, 2, accorde une exemption d'impôts à ceux dont les aqueducs traversent les propriétés : « *Possessores per quorum fines meatus traseunt ab extraordinariis oneribus volumus esse immunes.* » Cette manière de fixer l'indemnité est incompatible avec l'idée d'une détermination judiciaire et surtout du paiement préalablement à toute dépossession. Se figure-t-on un particulier arrêtant par ses protestations l'exécution de la volonté impériale ? Et devant quel tribunal aurait-il pu se pourvoir ? Sans doute le prince cherchait à concilier autant que possible les droits privés avec l'intérêt général ; mais lorsque il avait usé de son pouvoir discrétionnaire, tout recours était impossible : *Quod principi placuit, legis habet vigorem* (l. 1, D., de const. princip.).

Toutes les autres constitutions déjà citées, et qui figurent au titre *de operibus publicis* du recueil de Théo-

dose, gardent le silence sur l'indemnité due aux propriétaires dépossédés. Peut-être cette lacune provient-elle des coupures faites par les compilateurs. Il est probable qu'une indemnité était accordée, à moins que la dépossession ne fût ordonnée à titre de peine.

Il existe pourtant plusieurs exemples d'expropriation sans indemnité, bien qu'on ne puisse imputer aucune faute au propriétaire. On connaît les décrets de Vespasien et Adrien, qui permettent au premier venu de s'attribuer l'*area* que le propriétaire néglige de bâtir, sans distinguer si cette inaction est le résultat d'une volonté punissable, ou d'une insuffisance de ressources. — Justinien affranchit aussi, sans indemnité pour le maître, l'esclave possédé par un juif, et qui déclare vouloir embrasser la religion chrétienne, bien qu'évidemment on ne puisse alors imputer aucune faute au propriétaire juif.

Nous devons ajouter que les empereurs seuls ont le droit d'ordonner des expropriations ; on ne permet aux gouverneurs de les décréter eux-mêmes qu'en cas d'urgence, ou pour des travaux de peu d'importance. Toutes les fois qu'on veut démolir une maison d'une valeur supérieure à cinquante livres d'argent, l'empereur doit être averti (l. 9, C. J., 8, 12).

C'est à peu près tout ce que nous savons de certain sur la manière dont s'opérait l'expropriation. Tout autre détail n'est qu'une conjecture plus ou moins problématique.

M. de Fresquet, pour soutenir qu'une enquête *de commodo et incommodo* précédait la déclaration d'utilité publique, invoque deux autorités.

Tacite (*Annales*, l. I, t. 79), nous apprend qu'il fut

question au Sénat, afin de prévenir les inondations du Tibre, de détourner quelques rivières dont les eaux contribuaient à en grossir le cours. Les populations, alarmées, envoyèrent à Rome des députations, qui furent entendues par le Sénat : « *Auditæque municipiorum et coloniarum legationes.* » Mais Tacite ne nous dit pas, ce qui serait pourtant le point essentiel au débat, si le Sénat avait officiellement provoqué ces réclamations. On comprendrait d'ailleurs qu'une pareille décision eût pu être prise dans ce cas particulier, sans qu'il fût possible d'en généraliser l'application. Il s'agissait, en effet, d'enlever à des populations entières les eaux nécessaires à leur prospérité, à leur existence peut-être. Mais, encore une fois, le texte est muet à cet égard; nous ne voyons que les doléances des intérêts menacés, comme il s'en produit chaque jour en dehors de toute enquête.

Le second texte invoqué est la loi 3 au Code Justinien, *de ædificiis privatis*, dont nous avons déjà parlé. Alexandre Sévère, consulté par un particulier, sur le point de savoir s'il a le droit de transformer en jardin le sol de sa maison écroulée, le renvoie au président de la province, qui consultera les statuts locaux et prendra l'avis des magistrats et des voisins. Je ne vois pas l'analogie que peut présenter ce texte avec notre matière de l'expropriation.

Quant à la fixation de l'indemnité par l'autorité judiciaire, on nous oppose, à l'appui de cette opinion, outre un passage de Tacite, la loi 1 au Code Justinien, *de communi servo* (7, 7).

Cette loi déclare que lorsque un esclave appartient à deux maîtres, l'affranchissement accordé par l'un des

maîtres suffit pour le rendre libre, sauf l'indemnité due par le patron à son associé : « *pretio videlicet arbitrio prætoris constituendo.* » L'intervention du magistrat se conçoit très bien en ce cas. Par son fait, mon associé m'a occasionné un dommage ; j'en demanderai la réparation par une action qui ne peut être que l'action *pro socio*. Peut-on argumenter de ce que l'action *pro socio* est accordée à un associé contre son associé pour établir, malgré le texte et l'esprit des constitutions impériales, que l'indemnité était fixée judiciairement ?

Le passage de Tacite (*Ann.*, l. I, t. 75), est ainsi conçu : « *Pius Aurelius senator questus mole publicæ viæ ductuque aquarum labefactas ædes suas*, auxilium *patrum invocabat. Resistentibus ærariis prætoribus*, subvenit *Cæsar*, *pretiumque ædium Aurelio tribuit.* » Nous penserions volontiers, ajoute M. de Fresquet, que le Sénat était saisi comme devant statuer au contentieux sur la question. Mais les termes employés par le sévère et concis historien, sont loin d'être favorables à cette opinion. Le mot *subvenit* semblerait indiquer, au contraire, que si l'empereur indemnisa le sénateur, c'était à titre de don gracieux.

Pour établir la nécessité d'une indemnité préalable, on cite des textes relatifs à certains objets mobiliers, que nous allons bientôt examiner. On n'invoque pour les immeubles que l'autorité de Frontin. Mais il est fort douteux pour nous que dans ce passage il s'agisse d'autre chose que d'une vente ordinaire. Il est encore plus douteux que cette disposition subsistât au temps des empereurs. Ce texte d'ailleurs peut-il prévaloir contre la présomption que nous tirons et de la diversité

du mode d'indemnité, et surtout de l'impossibilité de trouver une sanction au prétendu droit des particuliers ?

B. — *Restrictions au droit de propriété mobilière.*

A Rome les lois avaient restreint le droit de propriété même sur les choses mobilières.

La Const. 1, au Code Just. : *Quæ res venire non possunt* (4, 40) interdit d'une façon absolue la fabrication ou la vente de la soie et de la pourpre. Le *comes commerciorum* seul pouvait acheter aux barbares ces riches matières (l. 2, *eod*).

Les citoyens étaient obligés de céder une partie de leur récolte aux municipes *viliori pretio*. C'est ce que nous apprend Ulpien dans la loi 2 *de usufr.* : « *Nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere : solent et fisco fusiones præstare.* » Cette obligation en règle générale n'existait pas de cité à cité. Elle pouvait pourtant être imposée par l'empereur dans une extrême nécessité et moyennant indemnité. « *Civitatum incolæ vel qui in eis aliquid possident non cogantur in aliam civitatem, vel metropolim species conferre. Sed et si inevitabilis quædam causa id fieri exigat, justis preiis quæ in ea civitate obtinent qua præbentur species, eas indigentibus vendant. Compensentur autem venditoribus pretia cum auraria conlatione. Quod si nihil fisco debeant iiquibus* coemptio *indicitur, aut partem tantùm*, priùs in nummis ponderis probi *aurum accipiant* (l. 2, C. J. *ut nemini liceat*, 10, 27 ; Cfer., l. 2, C. Th. *de publicâ comparatione* 11, 15) (1). Ajoutez les Basiliques l. 16,

(1) M. de Fresquet argumente de cette loi pour soutenir qu'à

t. 9, ch. 2 : « *Nullam unquam citra ingentem necessitatem jussionemque principis possessoribus coemptio indicatur... Nullus vero cogatur vendere id omne quod sui usus gratia comparavit, sed superflua tantum.* » (Trad. de Fabrot).

Tibère appliqua un jour une mesure pareille à Rome. « *Sævitiam annonæ incusante plebe (Tiberius) statuit frumento pretium quod emptor penderet binosque nummos se additurum negotiatoribus in medios singulos.* »

Dioclétien alla plus loin. En l'an 301 il avait, d'après Aurélien Victor, publié un édit dans lequel étaient taxés les prix des céréales pour les provinces de l'Orient. Plus tard il publia un autre édit où se trouve établi un *maximum* pour les objets de la nature la plus diverse, depuis le prix de la journée du paysan fixée à 25 deniers, jusqu'à la requête d'un avocat, 250 deniers et les soins donnés à une affaire (*cognitio*) 1,000 deniers ; depuis la perdrix fixée à 30 deniers jusqu'à une chaussure de patricien, 150 deniers. Le denier, sous Dioclétien, valait environ 0,45 cent. de notre monnaie. (V. Recherches sur le droit de propriété de M. Ch. Giraud ;

Rome l'indemnité devait être payée préalablement à la dépossession. Mais il nous semble qu'il s'agit ici d'un cas tout particulier qu'on ne saurait généraliser. L'atteinte portée au droit de propriété consiste à forcer le maître à vendre. Mais on n'en doit pas moins observer toutes les règles relatives à la vente et particulièrement celle qui dans la vente au comptant permet au vendeur de se refuser à faire tradition, jusqu'à ce qu'il ait été payé.

Nous en dirons autant de la loi 1, Cod. Th. de lenonibus (XV, 8), également invoquée par M. de Fresquet à l'appui de son opinion.

cet édit très curieux se trouve tout entier aux pièces justificatives).

Mais c'est surtout en ce qui concerne les esclaves que l'on avait apporté de nombreuses restrictions au droit de propriété mobilière, s'il nous est permis d'appeler ainsi, avec les jurisconsultes Romains, un état qui est la négation même du principe de la propriété.

Dans certains cas la liberté était donnée à l'esclave comme une récompense ; lorsque il denonçait le meurtre de son maître, ou bien le faux-monnayeur, le ravisseur d'une jeune fille, le militaire déserteur. La question d'indemnité n'est spécialement prévue que pour la révélation du crime de fausse-monnaie ; mais il devait en être de même pour les autres cas, excepté lorsque l'esclave avait découvert le meurtre de son maître ; en ce cas, les héritiers plus encore que la société lui doivent récompense. (V. au Code Just. le titre *pro quibus causis servi...* 7, 13).

Un particulier ne pouvait soustraire son esclave à la torture, lorsque ce dernier était accusé d'adultère, ou bien lorsque son témoignage devait confirmer l'attestation d'un délateur. (Cfer. l. 27 pr. *adulteriis D. 48, 5 et Paul sent. V, 16, § 5* : « *Delator cujus interest quod intendit probare, pretia eorum quanti dominus taxaverit, inferre sit paratus, vel certe deterioris facti servi subire taxationem.* »

Le témoignage de l'esclave n'était jamais reçu contre son maître, *nisi adulterii aut majestatis rei sint.* Après avoir été soumis à la torture, les esclaves étaient toujours vendus, afin que la crainte de rester sous la domination de leur premier maître ne pût altérer la véracité de leur déposition. Il en était de même pour les

esclaves de l'accusateur. (Ulp. l. 27, § 11-14 *de adulteriis*). Si l'accusation n'était pas prouvée, il n'eût pas été juste de faire supporter au maître les conséquences d'une dénonciation calomnieuse. Sans doute l'esclave pouvait être devenu incapable de travailler ou même avoir succombé dans les tourments, mais le maître était indemnisé. *Æstimari lex damnum voluit.* (Ulp. l. 27, § 15 *eod.*). Qui donc alors aurait eu à se plaindre ?

Lorsque un esclave commun était affranchi par l'un de ses maîtres, la liberté ne pouvant être acquise pour partie, les anciens jurisconsultes attribuaient aux co-propriétaires la part de propriété vacante. Cette décision, par trop défavorable à l'esclave, n'avait pas prévalu ; et plusieurs Constitutions avaient déclaré l'esclave libre, sauf le recours des co-propriétaires contre le donateur.

Ces constitutions avaient d'abord été appliquées aux militaires chez lesquels ce genre de propriété était, paraît-il, habituel. Pour lever les doutes qui subsistaient encore, Justinien déclare qu'il n'y aura plus à distinguer si l'affranchissement a été fait par un militaire ou par un citoyen, entre-vifs ou par testament. Dans tous les cas, l'esclave devient libre ; mais le donateur est soumis au recours de ses co-propriétaires : *pretio videlicet arbitrio prætoris, constituendo.* Justinien fixe même le prix que devra accorder le juge de l'action *pro socio.* (Cfer les deux constitutions qui forment le titre *de communi servo manumisso.* C. Just. 7, 7).

On a souvent cité la Constitution d'Antonin-le-Pieux, qui oblige les gouverneurs de province à faire vendre les esclaves maltraités trop cruellement et sans motifs par leurs maîtres, qui se sont réfugiés auprès de la statue de l'empereur. Il y a là sans doute une atteinte

au *jus abutendi* qui permet au propriétaire de détruire *sa chose*, au gré de son caprice. Mais elle est tout entière dans l'intérêt du maître, que l'on protége malgré lui, ainsi qu'on le fait d'un prodigue et qui n'est forcé de vendre que *bonis conditionibus*.

Déjà le même empereur avait déclaré que celui qui *sine causâ servum suum occiderit, non minus punietur quam qui alienum servum occiderit.* C'était par application de ce principe économique qu'enseigne le § 2 Instituts. (L. 1, t. VIII) : *Expedit reipublicæ ne quis suâ re male utitur.*

C'était sans doute, par application du même principe, que Claude avait essayé d'empêcher l'abandon des esclaves malades dans l'île d'Esculape, en les déclarant libres, et privant ainsi le maître de son droit de propriété, en cas de guérison. (*Suet. in Claudio ch.* 25 ; l. 2. *D. qui sive manum*). Justinien ajouta la perte des droits de patronage. (L. 1 § 3, C. J. *de latin. libert. toll.*).

Il faut arriver aux empereurs chrétiens pour trouver quelques dispositions édictées par respect pour la personnalité humaine et qui nous permettent de constater que l'esclave, entre les mains de son maître, n'était pas à Rome absolument une chose.

En l'an 343, Constantin déclare que si on voulait forcer une esclave chrétienne à se prostituer, elle pouvait être rachetée par certaines personnes honorables : « *Si quis fœminas quas se dedicasse venerationi christianæ legis sanctissimæ dinoscuntur, ludibriis quibusdam subjicere voluerit, ac lupanaribus venditas faciat vile ministerium prostituti pudoris explere, nemo alter easdem coemendi habeat facultatem, nisi aut hi qui ecclesiastici esse noscun-*

tur, *aut christiani homines demonstrantur* : competenti pretio *persoluto* (l. 1, C. Th.. *de lenonibus*, XV, 8).

Théodose le Jeune alla plus loin. Non-seulement les évêques, les *judices*, les *defensores civitatum* eurent le droit d'arracher l'esclave au maître qui en abusait aussi indignement, mais le *leno* devait être condamné aux mines : « *Ita ut lenones non amittant solam eam quam habuerant potestatem, sed proscripti pœna mancipentur exilii, metallis addicendi publicis.* »

Les jurisconsultes donnaient la liberté à l'esclave que l'on prostituait, malgré la clause contraire du contrat de vente (l. 6, § 1, *qui sine man.*, D. 40, 8).

Justinien défendit à toute personne païenne, juive ou hérétique, de posséder des esclaves chrétiens. Ceux-là même qui, étrangers à la foi chrétienne, désiraient embrasser la vraie religion, acquéraient ainsi leur liberté. « ... *In præsenti autem hoc amplius decernimus, ut si quis ex prædictis judæis, vel paganis, aut hereticis habuerit servos nondum catholicæ fidei sanctissimis mysteriis imbutos, et prædicti servi desideraverint ad orthodoxam fidem venire; postquam catholicæ ecclesiæ societati fuerint, in libertatem modis omnibus ex præsenti lege eripiantur...* nihil pro eorum pretiis penitus accipientibus dominis. » (L. 56, § 3. *C. J. de episc.*, 1, 3.) C'est là un véritable cas d'expropriation mobilière *sans indemnité*, bien qu'on n'ait aucune faute à reprocher au maître qui avait eu le soin de ne pas acheter des esclaves chrétiens.

Nous ne parlerons pas des lois qui, à plusieurs reprises, ont décrété à Rome l'abolition des dettes. Il n'y a pas là une modification à la constitution de la propriété, mais une véritable confiscation ; elles sont par conséquent en dehors de notre sujet.

Nous en dirons de même des lois qui ont limité le nombre des affranchissements; elles ne portent pas atteinte au *jus abutendi*. Le maître n'en reste pas moins libre de vendre, donner ou abandonner son esclave. Mais la puissance législative use d'un droit incontestable en déterminant les conditions au moyen desquelles on peut acquérir la qualité de citoyen.

Mais nous voyons une véritable atteinte permanente au droit de propriété dans les lois successives qui ont si souvent à Rome changé le taux des intérêts.

§ 2. — *Action* de tigno juncto.

Dans un intérêt public, et pour empêcher qu'un propriétaire dont les matériaux avaient été employés à la construction d'un édifice ou à l'échalage des vignes, ne causât, en exerçant la revendication, un préjudice trop considérable, la loi des XII Tables avait mis obstacle à l'exercice du droit de propriété.

On est loin d'être d'accord dans les essais de reconstitution qui ont été tentés de ce chapitre de la 6e Table. L'opinion la plus probable nous paraît être celle qui a été présentée dans ces derniers temps par Bœcking.

D'après ce savant allemand, le texte aurait probablement été ainsi :

TIGNUM JUNCTUM ÆDIBUS VINEÆQUE, SI CONCAPET, NE SOLVITO; [NEQUE VINEA] SARPTA QUANDOQUE DONEC DEMPTA ERUNT [TIGNA VINDICITO, AST QUI JUNXIT DUPLIONE DAMNUM DECIDITO] (1).

(1) Cfer Festus au mot *tignum* et au mot *sarpuntur*, et Ulpien, l. 1, *de tigno juncto*, D. 47, 3.

Nous traduisons ainsi : *Que le tignum incorporé à un édifice ou à la vigne, s'il est retrouvé, n'en soit pas séparé; quand la vigne sera taillée, et jusqu'à ce que les échalas soient arrachés, on ne peut revendiquer. Mais que celui qui a incorporé soit condamné au double.* »

D'après cette traduction, *concapet* aurait le même sens que le mot *conceptum* dans cette antique locution : *conceptum furtum*. Cela est d'autant plus probable que la disposition des XII Tables ne s'applique qu'au *tignum furtivum*.

Bœcking a rattaché les mots *sarpta quandoque donec dempta erunt* au mot *vinea*. Cette conjecture nous paraît très plausible. La loi des XII Tables aurait ainsi indiqué le seul moment où les échalas auraient pu être revendiqués; lorsque le possesseur les avait mis de côté après la récolte, et non lorsque ils étaient momentanément déplacés pendant les travaux de la taille. Cette explication, que semble indiquer le texte de Festus (1), cadre parfaitement avec les habitudes Romaines et avec le motif que donne Ulpien de notre disposition.

Les Romains taillaient ordinairement la vigne au printemps (Pallad. 1, 6 ; Varro 7, 7 ; 1, 34). Or si d'après le témoignage de Columelle (IV, 25), on opérait alors un recensement des échalas, l'urgence de la saison forçait à les replacer aussitôt, après quelques réparations indispensables. Permettre de les revendiquer à ce moment eût été *vinearum culturam turbare*, aussi bien que si on eût permis de les faire arracher. Il en était autrement après l'automne. Les échalas arrachés

(1) Sarpuntur vineæ, id est putantur, ut in XII ; quandoque sarpta, donec dempta erunt. V° sarpta et sarpuntur.

reposaient entassés par couches dans les champs, et ce n'était qu'au mois de janvier et février qu'ils étaient remis en place après de longues réparations (Colum. XI, 2). Le seul temps où la revendication fût possible était donc l'hiver, *postquam dempta e ant.*

D'après le droit commun, le propriétaire des matériaux n'aurait pu les revendiquer, puisque par leur incorporation ils avaient perdu leur individualité ; mais il aurait eu l'action *ad exhibendum* pour les faire séparer et représenter. Pour éviter une trop grande déperdition de valeur, la loi sacrifie moyennant une indemnité le droit particulier à l'intérêt général. Le propriétaire ne peut agir *ad exhibendum* ; mais l'action civile personnelle *de tigno juncto* lui permet de faire condamner celui qui a employé les matériaux au double de leur valeur.

Le mot *tignum* comprend en effet tout ce qui peut servir d'appui à la vigne ou entrer dans la construction des maisons (Ulp. l. 1, § 1 *de tigno juncto* ; Gaius l. 62 *de verb. sig.*)

L'action *de tigno juncto* se donnait même contre un constructeur de bonne foi. S'il en eût été autrement, la disposition finale de notre loi eût été complétement inutile, puisque la seconde Table prononçait déjà une condamnation au double, contre le vol non manifeste.

C'est ce qu'il résulte, du reste, de la loi 7, § 10 au Digeste *de acq. rerum dom.* et du § 29 aux Inst. *de rerum divisione.* Dans ces textes le constructeur qui a déjà payé le double est évidemment de bonne foi, puisque on refuse contre lui soit l'action *ad exhibendum*, soit l'action en revendication, après la démolition de l'édifice.

Contre le constructeur de bonne foi, et c'est à ce point

de vue qu'il importe de distinguer la bonne ou mauvaise foi, l'action *tigno juncto* était *rei persecutoria* et éteignait complétement le droit du propriétaire.

Contre le constructeur de mauvaise foi, *l'action in duplum* était simplement pénale : après l'avoir intentée, le propriétaire conservait toujours le droit de revendiquer les matériaux, s'ils venaient à être séparés. On lui avait même reconnu la faculté d'intenter, *rebus adhuc integris*, l'action *ad exhibendum*, non qu'il pût faire démolir l'édifice ou arracher les échalas, mais le voleur, disait-on, *dolo malo fecit quominus possideat* ; il devra payer l'estimation fixée par le *jusjurandum in litem* du demandeur (Ulp. l. 1, § 2 *de tigno juncto*, Cfer les textes de M. Pellat sur la revendication, p. 216).

Au lieu d'agir immédiatement *ad exhibendum*, le demandeur, avons-nous dit, pouvait attendre que les matériaux eussent été séparés, pour exercer alors la revendication. Contre un possesseur de mauvaise foi ce résultat ne serait possible que si déjà on n'avait eu recours à l'action *de tigno juncto*.

Mais dans les deux cas, quel que fût le temps écoulé depuis l'incorporation, le danger de l'usucapion n'était pas à redouter. Deux motifs en effet le rendaient impossible.

1° Dans les idées des jurisconsultes romains, le constructeur possédait l'ensemble de la maison et non les choses particulières qui composaient l'édifice (*Paul l. 30, pr., D., de acq. poss. ; Jav. l. 25 § 2 D., de usurp. et usuc.*).

2° L'usucapion était encore impossible, parce que le *tignum* était toujours *furtivum*.

C'était là en effet une condition essentielle pour qu'il

y ait lieu à l'application de la loi des XII Tables. Pothier (*ad legem XII Tabularum*) le conteste à tort. L'affirmative ne résulte pas seulement de ce que les jurisconsultes emploient constamment l'expression de *tignum furtivum;* elle est formellement admise par la loi 63 de *donat. inter virum et uxorem.*

Une femme donne à son mari des matériaux que ce dernier emploie à la construction d'une maison. La donation entre époux étant défendue, la femme n'a pas cessé d'être propriétaire. Y aura-t-il lieu à l'action *de tigno juncto* ? Neratius et Paul sont d'accord pour reconnaître que les matériaux, ayant été employés du consentement du propriétaire, nous ne sommes plus dans les termes de la loi des XII Tables. Seulement Nératius paraît en conclure qu'on pourra immédiatement agir par l'action *ad exibendum* et en exiger la représentation. Cette conséquence est évidemment inadmissible.

La déperdition de valeur que la loi a voulu prévenir en sacrifiant le droit légitime de celui dont la propriété a été volée, ne doit pas être permise *a fortiori* lorsque le propriétaire a consenti lui-même à la construction de l'édifice. Aussi Paul n'accorde-t-il à la femme que le droit de revendiquer, *re solutâ*, lorsque les matériaux viendront à se séparer.

Cette décision, qui se justifie d'elle-même dans l'espèce favorable de la loi 63, paraît bien rigoureuse, lorsque les matériaux auront été employés à l'insu du propriétaire, bien qu'ils ne lui aient pas été dérobés, par exemple : si le déplacement a été opéré *sine animo furandi* par l'héritier d'un dépositaire. Aussi dans ce cas, quelques auteurs pensent-ils que le préteur accor-

dait une action *in factum* pour se faire payer la valeur des matériaux. Mais le texte de Paul paraît contraire à cette opinion. Ce n'est pas parce que la construction a eu lieu du consentement du propriétaire, que Paul justifie sa décision ; mais uniquement parce qu'il n'y a pas eu vol : *neque tignum furtivum est.*

§ 3. — *Cautio damni infecti.*

Lorsque un voisin négligent ou malintentionné refusait, par exemple, de réparer un édifice dont la ruine devait nécessairement entraîner la chute de ma propre maison, le contraindre à modifier sa propriété c'eût été porter à la *plena in re potestas* une atteinte que les lois n'autorisaient pas. Même après que le dommage avait été réalisé, tout recours pouvait être rendu illusoire par l'abandon des matériaux qui avaient occasionné le dégât. L'abandon noxal en effet avait été étendu par les jurisconsultes aux choses inanimées (*Ulp. l. 7 § 1 de damn. inf. D., 39, 2*).

Le préteur était intervenu et forçait le voisin à donner caution qu'il réparerait tout le préjudice qu'il pourrait occasionner; par cette caution prétorienne, le propriétaire menacé acquérait l'action que ne lui donnait pas le droit civil. (Voir le texte de l'Edit dans la loi 7, pr. D., *damn. inf.*).

La loi des XII Tables avait elle-même permis d'arriver au même but au moyen de l'action *per legis postulationem* probablement, qui avait survécu à l'abrogation des autres actions de la loi : — « Si per publicum locum rivus aquæductus privato nocebit ; *erit actio privata, ex lege XII Tabularum uti noxa domino caveatur* (Paul l. 5,

D., *ne quid in loco publ.* 43, 8). — *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale judicium fit..... Damni vero infecti nemo vult lege agere ; sed potius stipulatione, quæ in edicto proposita est, obligat adversarium per magistratum, quod et commodius jus et plenius est* (Gaius IV, 31). »

Rein (op. cit. p. 244), contrairement à l'avis de Huschke, pense que la loi des XII Tables permettait de parer directement au danger, en rétablissant les lieux dans leur état primitif. Il fonde surtout son opinion sur le passage de Gaius, qui, dit-il, oppose avec intention l'action de la loi à la stipulation prétorienne. L'argument ne nous paraît pas décisif. Il est d'ailleurs réfuté par les propres expressions de Paul, *ut noxa domino cavetur*, et je n'aperçois aucune raison de restreindre ce texte au cas spécial dont il s'occupe. Si la loi des XII Tables avait permis de prévenir directement le dommage, pourquoi le préteur aurait-il imaginé des moyens aussi détournés pour arriver au même but !

Nous devons donc admettre, bien que Cicéron soit le premier auteur qui fasse mention de cette *cautio* (*Top. 4 ; orat. in Verrem II, 1, 56*) qu'elle existait dans les temps les plus reculés. Le prêteur, en recueillant une ancienne tradition, s'est contenté d'en rendre les formalités plus faciles à accomplir.

L'édit du préteur ne prévoit que le dommage futur. Peuvent demander la *cautio*, tous les intéressés, qui ont prêté le serment *de calumnia*, pourvu qu'aucune autre voie de recours ne leur soit ouverte et que d'ailleurs on ne puisse leur reprocher d'avoir eux-mêmes contribué à produire ce dommage imminent. Peu importe qu'il s'agisse d'un édifice, d'un terrain ou d'un

ouvrage en cours d'exécution, si un préjudice peut en résulter. Le maître n'est tenu qu'à promettre par une simple stipulation ; tout autre détenteur doit *satisdare* qu'il réparera, *quanti ea res erit*, le dommage que pourraient occasionner dans un délai déterminé l'immeuble ou les travaux dont il est question (Voir au Digeste le titre *damni infecti* dont nous résumons très succinctement les principes généraux).

Si le voisin fournit la *cautio*, sa propriété reste à l'abri de toute atteinte. Mais s'il refuse, le préteur emploie pour le contraindre des moyens qui constituent une véritable expropriation dans un intérêt privé.

Il rend d'abord un premier décret et envoie le demandeur en possession. En cas de non-comparution, on doit préalablement faire une *denuntiatio* personnelle. Le décret fixe l'étendue des lieux qui pourront être occupés. Ce n'est pas seulement la partie qui menace ruine, mais l'édifice entier auquel elle adhère qui doit servir de gage au possesseur du fonds menacé. Si pourtant il n'y avait de danger à redouter que d'un bâtiment, isolé des autres corps de logis, l'occupation devrait être restreinte. Lorsqu'il s'agit de fonds de terre, elle est généralement limitée à la partie que peut occasionner le dommage. *Interdum causa cognita prætor statuere debet.* Il se décidera après avoir apprécié la valeur des bâtiments que l'on veut occuper et l'étendue des pertes que l'on peut prévoir. (Ulp. l. 15, §11-14, Paul l. 38, § 1 h. t.).

Ce premier décret du préteur ne donne ni la propriété, ni même la possession. Le propriétaire qui a refusé la *cautio* conserve toujours la possession juridique, et il ne pourrait être évincé de son fonds. L'envoyé en possession n'a que la détention. On avait débattu la

question de savoir s'il ne devait pas être assimilé à un créancier gagiste, et comme tel, tenu de faire toutes les réparations nécessaires; la négative avait prévalu (l. 15, § 30 h. t.).

La retraite volontaire de l'envoyé en possession mettait fin à son droit ; le propriétaire pouvait toujours interrompre cette occupation gênante en fournissant la *cautio*, qu'il s'était d'abord obstiné à refuser. Elle devait alors s'étendre même aux dépenses déjà faites et au *damnum* arrivé depuis le premier décret du préteur (l. 15, § 31). Mais s'il se contentait d'empêcher l'exécution du décret, le préteur accordait à l'envoyé une action *in factum* perpétuelle, *ut tantum præstetur ei, quantum præstari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset.* Malgré la délivrance de cette action, le propriétaire restait libre d'en paralyser l'effet, soit en donnant caution, soit en abandonnant la possession de l'immeuble. Cette faculté lui était retirée lorsque le *damnum* venait à se produire. Il était alors tenu comme s'il avait promis sur l'invitation du préteur (Ulp. l. 15, § 36 ; Paul l. 16 ; Ulp., l. 17, § 3, h. t.).

Cette situation ne pouvait être que provisoire; gênante pour le propriétaire, elle n'était pour l'envoyé qu'une garantie insuffisante. Le préteur faisait alors un pas de plus. Après un délai qui variait suivant les circonstances, si rien n'était changé, il rendait un second décret qui transformait en véritable possession civile la détention conférée par le premier décret. Le préteur n'osait pas briser ouvertement le droit du propriétaire; il ne conférait qu'un *dominium in bonis* que l'usucapion devait transformer en propriété *ex jure Quiritium*. C'est là un exemple d'usucapion où il ne peut être question

de bonne foi (1). Le deuxième décret ne pouvait être rendu pour les choses insusceptibles d'usucapion, parce qu'on applique toutes les règles de la possession *ad usucapionem* (l. 15, § 16, h. t.). L'envoyé en possession a l'interdit *undè vi* et l'action publicienne pour se garantir contre tout trouble apporté à son droit. Il peut refuser la caution qui lui est offerte après le second décret. Mais s'il a déjà été indemnisé par l'exercice de l'action *in factum*, il n'existe plus de raison pour empêcher le propriétaire de rentrer dans la jouissance de ses biens (Paul, l. 18, § 15).

Si nous nous demandons quelle est la situation de ce possesseur *ad usucapionem*, vis-à-vis des autres personnes qui ont des droits réels sur l'immeuble, par exemple des créanciers hypothécaires, nous devons distinguer le cas où il leur avait déjà demandé la *cautio damni infecti*. Les deux décrets sont alors également rendus contre eux ; et il n'a rien à redouter de leur action. Mais s'il a négligé cette utile précaution, il court le risque d'être évincé; il pourra seulement exiger le remboursement des frais qu'il a exposés pour les réparations nécessaires (l. 44, § 1, h. t.).

Remarquons que l'acquisition qui résulte en définitive du refus de la *cautio damni infecti*, est considérée comme une *obventio ex re cui timebatur proficiscens;* l'usufruitier qui a demandé la *cautio*, en profite définitivement sans être tenu de rien rendre à l'extinction de l'usufruit (Ulp., l. 7, § 1, *de usuf. et quemad.*).

On voit par quels moyens détournés le préteur avait

(1) Il en est de même lorsque Primus me fait l'abandon noxal d'un esclave dont je sais qu'il n'est pas propriétaire.

suppléé aux lacunes du droit civil pour aboutir à une véritable expropriation. Le préteur pérégrin avait suivi une marche beaucoup plus simple.

Son édit ordonnait de fournir caution ou satisdation dans les mêmes cas qne le préteur urbain. Si on refusait de le faire, il n'en supposait pas moins la *cautio* fournie, et au moyen d'une action fictice, dont la formule nous a été conservée, il permettait d'obtenir entière réparation : « *Judex fiat, si antequam id judicium qua de re agitur, factum est, Q. Licinius damni infecti, eo nomine, qua de re agitur, ea stipulatione, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet, L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dare facere eum jube Q. Licinium L. Seio, si ex decreto Duumviri, Quatuorviri Præfective Mutinensis, quod ejus is Duumvir, Quatuorvir, Præfectus ex lege Rubria, sive id plebisvescitum est, decrevit, Q. Licinius, eo nomine, qua de re agitur L. Seio damni infecti satisdare voluit C. S. N. P. A.* (*lex Galliæ Cisalpinæ* XX, Blondeau, textes ante Just., p. 78).

De cette formule ressort une autre différence. A Rome le préteur seul pouvait donner le *judicium* et la *missio in possessionem* ; en province, par suite de l'éloignement du préteur ou du *præses provinciæ*, le *judicium* était donné même par les magistrats municipaux.

D'où provient cette différence de procédure? Pourquoi la loi Rubria n'avait-elle pas préféré le système du préteur urbain? Huschke pense que pendant longtemps ce dernier ne jugea pas à propos de s'occuper de la *cautio damni infecti*, une procédure étant déjà organisée par la loi des XII Tables. Ce n'est qu'après les lois Julia qu'il reproduisit dans son édit l'ancien système en rendant plus facile l'accomplissement de toutes les for-

malités. Le préteur des pérégrins, pour lesquels il ne pouvait être question d'une *legis actio*, dut créer une formule. Moins astreint à l'observation de la loi civile, plus libre d'écouter les inspirations de l'équité, il avait suivi une marche très-expéditive. Cet édit était donc le seul en usage, lors de la proclamation de la loi Rubria en Gaule.

Le système de Huschke n'est nullement contredit parce que Cicéron nous dit de la caution *damni infecti*. Ces passages peuvent très-bien s'entendre de la *cautio* prescrite par la loi des XII Tables.

§ 4. — *Cautio legatorum servandorum.*

Une restriction analogue à celle que nous venons d'étudier, avait été établie dans l'intérêt des légataires.

Lorsque par une cause, imputable ou non à la personne chargée d'acquitter un legs ou un *fideicommis*, les intentions du défunt n'étaient pas immédiatemcnt exécutées, l'édit du préteur permettait au légataire d'exiger pour assurer la conservation du legs une caution avec fidéjusseur ou garantie hypothécaire. (Voir au Digeste le livre 36, titre 3).

Si cette caution est refusée, le légataire, quelle que soit la modicité de son legs, est envoyé en possession de toutes les choses héréditaires, mobilières ou immobilières : *Earum autem quæ in causa hereditaria non erunt, non alias mittitur, quam si dolo malo in ea causa esse desierit, nec semper, sed causa cognitâ* (Ulp. loi 5 de notre titre D. 36, 4). Pour faire exécuter le décret, le légataire a l'interdit : *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est.* (D. 43, 4).

Ce décret ne confère qu'un simple droit de détention. Le légataire empêchera toute déprédation ; il veillera à ce que les fruits soient capitalisés et remis à sa garde (l. 27 *de reb. auctor jud. poss.*), mais il doit laisser l'héritier, seul en possession de l'hérédité, maître de cultiver les propriétés et d'en recueillir lui-même les fruits : « *Neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur* ; ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem (l. 5 pr. h. t.).

Cette *cautio* est une stipulation prétorienne (Inst. III, 18). Si donc le légataire a négligé de la demander avant la *litiscontestatio*, il ne peut revenir sur sa détermination devant le juge, et par suite être envoyé en possession. L'empereur Marcus Antoninus a permis au légataire qui a triomphé, mais qui ne peut obtenir l'exécution de la sentence, à cause de l'appel, interjeté par l'héritier, de demander caution, mais avec d'importantes modifications : « *Eum à quo res fideicommissæ petebantur, quum appellasset, cavere* ; *vel si caveat adversarius transferri possessionem debere.* » Si l'héritier refuse de fournir caution, le légataire n'est envoyé en possession qu'à charge de fournir lui-même caution ; il n'obtient même ainsi que la détention des choses qui sont l'objet de son legs. Qu'arriverait-il s'il lui était impossible de fournir caution ? On nommerait un séquestre, ou bien, par une espèce de *restitutio in integrum*, le légataire recouvrerait le droit d'invoquer la stipulation prétorienne, ce qui le dispenserait de l'obligation de donner caution. *Sed si is qui vicit, non possit cavere ; vel res deponenda, vel jurisdictio restituenda erit.* (Pap. l. 5, D. 36, 3, Cfer Cujas, observ. XV, 10).

Si malgré l'occupation des biens héréditaires, l'héri-

tier s'obstine dans son refus, on pouvait employer un moyen de contrainte plus efficace. Six mois *continus* après le refus d'obéir à l'édit du préteur, le légataire peut demander à être envoyé en possession même des biens personnels de l'héritier (Ulp. l. 5, § 16). Il percevra les fruits qu'il imputera sur les intérêts et même sur le capital de sa créance. (l. 5, §§ 21 et 24).

Cette occupation continuera jusqu'à ce que le légataire ait été satisfait, soit par l'héritier, soit par les prélèvements qu'il opère lui-même; mais en aucun cas il n'arrivera à la *possessio ad usucapionem*. Nous ne rencontrons plus ici les mêmes motifs qui avaient amené le préteur à autoriser une pareille atteinte au droit de propriété, lorsqu'il s'agissait de prévenir le *damnum infectum*.

§ 5. — *Des restrictions au droit de disposer à titre gratuit.*

Au nombre des limites que, dans l'intérêt général, le législateur a imposées à la propriété, nous devons certainement comprendre les restrictions apportées au droit de disposer à titre gratuit, soit entre vifs, soit même par testament. Si durant toute ma vie, j'ai dû me considérer comme seul propriétaire des produits de mon travail, comment comprendre que ce droit cesse tout à coup au moment où je vais rendre le dernier soupir? N'est-ce pas dénaturer la notion même de la propriété et la transformer en un simple droit d'usufruit? Quelle est donc la cause qui peut ainsi me dépouiller pour investir une personne qui, pendant ma vie, n'aurait osé élever cette prétention? La volonté de la loi. Mais on proclame alors le législateur maître du

patrimoine de chaque citoyen. On démontre ainsi, mieux que nous n'aurions pu le faire, que le droit de tester est inséparable du droit de propriété. D'ailleurs, au point de vue économique (non pas juridique) le testament est-ce autre chose qu'une aliénation conditionnelle, avec réserve d'usufruit? Au lieu d'attaquer le droit de tester, il faut au contraire admettre que la meilleure justification de l'hérédité *ab intestat*, c'est qu'elle repose sur la volonté présumée du défunt.

Mais si telle est notre conviction profonde, nous n'hésitons pas à reconnaître au pouvoir législatif le droit de prévenir des abus qui seraient un danger pour l'existence même de la société. Quoi de plus légitime, que de sanctionner l'accomplissement des devoirs qui unissent entre eux les membres d'une même famille, et qui sont à la fois les plus sacrés et les plus doux de tous les liens! Les jurisconsultes romains n'ont-ils pas eu raison de considérer celui qui cherchait à s'en affranchir comme atteint d'une infirmité morale : *quasi hoc colore non sanæ mentis fuisset!* Le législateur français, sans qu'on ait encore songé à le blâmer, impose aux parents l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants (art. 203). (1) Ne serait-il pas contradictoire de les plonger ensuite brusquement dans la misère, en les privant de cette fortune sur laquelle ils ont dû nécessairement compter, à l'accroissement de laquelle ils ont peut-être contribué? Enfin ne peut-on soutenir que les enfants ont un droit réel sur le patrimoine de la famille! car dans beaucoup de cas ce sera

(1) Cet article ne contient-il même pas le principe de l'instruction obligatoire?

en leur considération que leur père a été lui-même enrichi.

Ces dernières considérations, que nous effleurons à peine, ont en elles-mêmes une telle puissance qu'elles ont prévalu à Rome, où la constitution primitive de la famille paraissait devoir en exclure à jamais l'application. Comment parler des droits des enfants, lorsque aucune parenté légale n'unissait la mère à ses fils, lorsque le père avait le droit de les tuer, de les exposer, de les vendre, sans même pouvoir arriver à détruire sa puissance autrement que par trois ventes successives? Aussi n'est-ce que par le progrès incessant de la jurisprudence, et à l'aide de timides mesures, que l'on put tempérer le principe absolu de la loi des XII Tables : *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ità jus esto.*

On rendit d'abord le testament plus difficile, et on força le père à réfléchir à l'acte qu'il allait commettre, en lui imposant comme une *formalité*, nécessaire à l'existence même du testament, la nécessité d'exhéréder les enfants sous sa pnissance (Voir aux Instituts le titre *de exheredatione liberorum*). Plus tard, on permit même d'attaquer l'exhérédation faite sans motifs légitimes par le père ou l'omission faite par la mère, après le sénatus-consulte Orphitien. La rédaction du *principium* aux Instituts *de inofficioso testamento* indique d'une manière remarquable avec quelle timidité on avait porté atteinte à cette liberté de tester inhérente à la puissance paternelle : « Inductum est *ut de inofficioso testamento agere possint liberi qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique prœteritos* : hoc colore, quasi non sanæ mentis *fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non*

quasi vero furiosus sit, sed rectè quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis; nam si verè furiosus sit nullum testamentum est. »

Nous ne devons point entrer dans tous les détails relatifs à la *querela inofficiosi testamenti*. Disons seulement qu'elle pouvait être intentée, lorsqu'il n'existait plus aucun autre moyen de recours, par les descendants et ascendants dans l'ordre de leur succession *ab intestat;* les frères germains, *durante agnatione*, ne pouvaient l'intenter que lorsque on avait institué des personnes notées d'infamie (l. 1, C. Th. *de inof. test.*, 2, 19). Justinien étendit cette faculté, mais avec la même restriction, aux frères et sœurs consanguins, lors même qu'ils avaient cessé d'être les agnats du défunt (V. l. 27, C. J., *de inof. test.*, 3, 28).

Il y avait lieu à la *querela* lorsque les personnes indiquées n'avaient pas obtenu à titre de legs, de donation à cause de mort ou de fidéicommis, le quart de leur portion d'hérédité *ab intestat*, à moins que le testateur ne leur eût laissé un objet particulier avec recommandation expresse de compléter *la quarte, boni viri arbitratu* ; en ce cas, on n'avait qu'une *condictio ex lege* pour obtenir ce complément.

Lorsque l'action réussissait, elle faisait tomber le testament sans effet rétroactif ; l'hérédité se partageait alors comme si le défunt était mort *intestat*. Celui qui succombait, dans l'exercice de la *querela*, perdait, à titre de peine, tous les legs qu'il avait pu recevoir du testateur.

Justinien a fixé la *légitime* au tiers de la succession s'il y a moins de cinq enfants ; à la moitié s'ils sont au nombre de cinq ou plus encore (Nov., 18, ch. 1). Si le

testateur a laissé un objet particulier au légitimaire, il n'est plus nécessaire qu'il ait expressément ordonné de compléter la quarte, mais il faut que la donation leur ait été faite en qualité d'héritier (Nov., 115, ch, 3 et 4). Justinien a fixé en outre les causes d'exhérédation ou d'omission qui doivent rendre inutile la *querela inofficiosi testamenti*. Le testateur doit énoncer quel est le motif qui justifie son exhérédation ou son omission (Nov., 115; ch. 3 et 4, et Nov., 22, ch. 47). L'inobservation de ces règles permet seulement de faire tomber l'institution; toutes les autres dispositions doivent être maintenues (Nov., 115, ch. 4, § 9).

La *querela* ne s'appliquait qu'aux actes de dernière volonté ; dans le calcul de la *quarte*, on ne comprenait même pas les biens donnés entre-vifs. On finit pourtant par restreindre la faculté de disposer entre-vifs. Outre la loi *Cincia* (*Vat. Fragm.*), plus propre à gêner qu'à empêcher réellement les donations, on permit de les attaquer directement pour cause d'inofficiosité ; (Cfer Paul, 87, § 3 *de leg.* 2°; l. 8, *de inof. donat.* C. J. 3, 29 ; *Vat. fr.* 270-271, 280-282). Cette action peut être intentée lors-même que le *de cujus* est mort *intestat* ; mais on n'annulle pas la donation, elle est seulement réduite de manière à compléter la *quarte* du legitimaire.

§ 6. — *Pouvoir du juge dans les actions divisoires.*

Dans les trois actions divisoires, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, le juge tenait de la formule le pouvoir d'*adjuger* certaines choses en propriété à l'un des plaideurs, *quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato.* C'est là un pouvoir exor-

bitant. Le juge doit se borner à *constater* un droit. Lui permettre d'enlever un bien qu'il sait être à *Seius* pour l'attribuer à *Titius*, semble une grave atteinte au respect dû à la propriété. Ce pouvoir, indispensable peut-être pour faciliter les partages, n'a jamais soulevé de réclamations à Rome. C'est que le juge remplissait un rôle purement gracieux, et, d'ordinaire, les parties lui demandaient seulement de sanctionner ce dont elles étaient déjà convenues.

DROIT FRANÇAIS.

De l'aliénation des meubles et revenus dotaux sous le régime dotal (1).

Grâces à l'immense accroissement qu'a pris de nos jours la richesse mobilière, grâces surtout à l'habitude généralement répandue de doter les femmes en valeurs mobilières, il est peu de questions juridiques aussi importantes que celle de savoir quels sont les droits des deux époux sur les meubles dotaux. Il en est peu aussi qui aient donné lieu à autant de systèmes contradictoires. Les auteurs mêmes, qui partent d'un principe commun, se divisent lorsqu'il s'agit d'en faire l'application, pour aboutir aux conclusions les plus opposées.

(1) Sources principales :

MM. Demangeat, *de fundo dotali*; Paul Pont, dans un article publié dans la Revue Critique, t. III; Rodière et Pont, Contrat de Mariage; Tessier, de la Dot; Troplong, Contrat de Mariage; Toullier, Marcadé, Dalloz, Zachariæ, Aubry et Rau, etc., etc.

Nous ne discuterons point tous ces systèmes. Encore moins entrerons-nous dans l'examen de chacune des espèces qui ont occupé la doctrine et la jurisprudence.

Nous nous contenterons de poser des principes certains qui permettront, nous l'espérons du moins, au lecteur de les résoudre facilement lui-même.

Nous diviserons notre travail en deux parties.

Dans la première partie, nous verrons quelles règles avaient prévalu soit en Droit Romain, soit dans les pays de Droit écrit.

La seconde partie, consacrée à l'étude des dispositions du Code Napoléon, comprendra quatre chapitres.

Dans le premier, nous essaierons de démontrer que la dot mobilière est aliénable.

Dans le second, nous examinerons les conséquences pratiques de ce principe.

Dans le troisième, nous exposerons l'état de la jurisprudence sur toutes ces questions.

Dans le quatrième, enfin, nous traiterons des revenus dotaux.

PREMIÈRE PARTIE.

Ancienne jurisprudence des pays de Droit écrit.

A Rome la Constitution de dot faite par la *dotis dictio*, et plus tard par un simple pacte donnait au mari une créance pour se faire transférer la propriété des objets compris dans la Constitution, par un des modes d'acquérir. La loi Julia, rendue sous Auguste, imposa certaines restrictions à son pouvoir d'aliénation, mais sans porter aucune atteinte à son titre de propriétaire. Désormais le mari ne put aliéner le fonds dotal qu'avec le consentement de la femme. Justinien ajoute qu'il lui fut interdit de l'hypothéquer, même avec ce consentement. Mais l'interdiction d'hypothéquer ne fut introduite que plus tard, probablement comme conséquence du Sénatus-Consulte Velleien (Cfer M. Demangeat, l. 4, *de fundo dotali*). (Gaius II, 62 et 63) se contente de dire : « *Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit. Nam dotale prædium maritus, invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum.*

Le mari a continué d'avoir la libre disposition des

meubles dotaux et du fonds apporté en dot avec estimation. Tous les textes en effet ne mentionnent de restrictions que relativement aux immeubles dotaux ; quelques-uns même permettent au mari d'affranchir seul les esclaves dotaux, c'est-à-dire les meubles les plus précieux aux yeux des Romains. « *Servum dotalem vir qui solvendo* (*1*) *est, constante matrimonio manumittere potest* (*Pap. l. 21 de manum 40, 1*). *adde l. 7, C. J. de serv. pig. dato 7, 8 ; l. 5. C. J. de jure dotium 5, 12*). D'autres textes supposent au mari le droit d'éteindre par acceptilation ou novation, les créances apportées en dot, même sans le consentement de la femme (Ulp. l. 35 *de jure dotium* ; Julien l 49 *eod* ; *Javol.* l. 66, § 6, *soluto matrimonio* 24, 3).

La loi Julia n'ayant trait qu'au pouvoir d'aliénation du mari, la femme peut céder sa créance dotale, que la dot consiste en meubles ou en immeubles. Il n'y a pas lieu à l'application du Sénatus-Consulte Velleien. (Ulp. l. 8 pr. ad. sen. Vell. 16, 1) ; la renonciation pourrait même être pure et simple, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas une donation prohibée entre époux (l. 62 et 63 *solut. matrim.*).

La femme peut-elle renoncer aux garanties qui lui assurent la restitution de la dot ? Avant Justinien, à l'action *de dote* était attaché un privilége qui permettait à la femme d'écarter les créanciers chirographaires. Elle pouvait aussi avoir stipulé de son mari des garanties

(1) Papinien ne subordonne pas le pouvoir du mari à la condition qu'il soit solvable : il fait seulement allusion à l'action paulienne et aux dispositions de la loi Ælia Sentia (Cfer M. Demangeat, p. 14-15).

particulières, par exemple : l'affectation hypothécaire des biens du mari ou même des biens dotaux.

Le *privilegium dotis* étant établi dans un intérêt d'ordre public (l, 2., D. *de jure dotium*), il est interdit à la femme d'y renoncer, tant que dure le mariage. Il en est autrement des garanties qu'une convention spéciale seule lui a données (l. 21, *C. ad sen.*, Vell. 4, 29).

Justinien a accordé à la femme une hypothèque légale sur tous les biens du mari avec une hypothèque privilégiée sur tous les biens apportés au mari *dotis nomine*, qu'ils aient on non été estimés (l. 30, *C. de jure dotium*, 5, 1; l. un., *C. de rei ux.*, 5, 13). L'hypothèque privilégiée frappe même les choses achetées *ex pecunia dotali* (loi Assiduis, § 1).

La femme peut renoncer à son hypothèque générale, mais non à l'hypothèque privilégiée qui frappe le fonds dotal. *In fundo autem non æstimato qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum...* (l. un., § 15, *C. de rei ux.*). Par argument à *contrario* nous devons conclure que les meubles dotaux peuvent être, du consentement de la femme, dégrevés de l'hypothèque privilégiée. Justinien le déclare formellement pour l'immeuble estimé ; on n'aperçoit aucune raison pour ne pas leur assimiler la dot mobilière.

Nous devons ajouter que par la célèbre loi Assiduis (l. 12, *C. qui potiores*, 8, 18) Justinien accorda à l'hypothèque générale ce privilége exorbitant d'être préférée même aux créances hypothécaires antérieures au mariage.

Bien que les pays de droit écrit aient été régis jusqu'en 1804 par le droit romain, les textes ont été modifiés, soit par des usages locaux, soit par l'interprétation

toute-puissante des parlements. En ce qui concerne surtout l'inaliénabilité dotale, tout en continuant à invoquer les recueils de Justinien, les arrêts et les commentateurs, ainsi que nous allons bientôt le voir, en ont altéré le sens, au point de les transformer complètement.

Nous n'avons point à traiter *in extenso* de la distinction entre les meubles et les immeubles. Roussilhe (de la dot, n° 265) définit les meubles : toute chose qu'on peut transporter d'un lieu à un autre, et qui ne fait point partie de quelque fonds d'héritage ou maison. Les animaux domestiques, quoiqu'attachés à l'exploitation d'un fonds, conservent néanmoins leur qualité mobilière. Il en est autrement des esclaves destinés à perpétuité à la culture d'un domaine, d'après un édit de 1688 (Roussilhe, n° 274). Les offices vénaux et les priviléges des corporations sont rangés parmi les biens immobiliers ; mais on distingue de l'étude elle-même les créances qui peuvent être dues par des particuliers (Roussilhe, nos 263 et 264). Les cens, droit de champart et terrage; droit de dîmes, les rentes foncières sont considérés comme actions immobilières, parce qu'elles font en quelque sorte partie de l'héritage (Roussilhe, n° 243). Quant aux rentes viagères et aux rentes constituées, les Parlements de droit écrit, contrairement à l'article 94 de la Coutume de Paris et à l'usage constant des pays coutumiers, les déclaraient meubles (Voy. Roussilhe, nos 252-263, et les nombreuses autorités qu'il invoque à l'appui de son opinion). La rente étant un droit personnel, c'est la coutume du domicile du créancier qui en déterminera la nature. On ne fait exception que pour les rentes dues par le roi, et qui suivent la coutume du lieu où est établi le bureau du paiement des arrérages.

Quoique la femme apportât un immeuble en dot, s'il avait été estimé dans le contrat de mariage, l'immeuble appartenait au mari, et la femme n'avait plus qu'une créance dotale. Mais il ne suffisait pas pour cela que l'immeuble eût été déclaré de telle valeur, ces estimations étant devenues habituelles aux notaires pour servir de base aux droits réclamés par le contrôle. L'intention des parties devait clairement se manifester, ce qui suscitait de nombreux procès. Mais lorsque cette intention était évidente, on appliquait toutes les règles du contrat de vente : elle es tinterdite au mineur, les lods en sont dus dès l'instant du contrat ; la rescision est admise pour cause de lésion ; cela ne peut souffrir de doute, dit Roussilhe (nos 191-204). Si pourtant le mari se rendait insolvable, le fonds estimé devenait dotal, et la femme pouvait le revendiquer. On permettait cependant aux créanciers du mari de la repousser par le paiement de sa dot (Cfer Catellan, IV, 32 ; arrêt 148 d'Expilly).

Quels sont les droits du mari sur les biens dotaux? Les immeubles étant en général (1) inaliénables et im-

(1) Ainsi l'art. 3 du ch. IV de la Coutume d'Auvergne n'annulle les ventes des fonds dotaux que lorsqu'elles sont préjudiciables à la femme. La Coutume lui accorde un an à partir de la séparation pour opter entre une récompense sur les biens du mari ou la demande en nullité (Boucheul, Cout. de Poitou, art. 230, no 67). — En Normandie, avant la séparation, les deux conjoints peuvent aliéner ensemble le fonds dotal, et la vente est irrévocable, lorsque le mari meurt solvable. S'il décède insolvable, la femme n'a de recours contre les tiers-détenteurs qu'après avoir préalablement discuté les biens du mari (art. 539 et 540 de cette Coutume). Après la séparation, la femme, même autorisée, ne peut ni aliéner

prescriptibles pendant la durée du mariage, la propriété en appartenait à la femme, le mari n'en avait que l'usufruit et l'administration ; il rendait les devoirs féodaux, jouissait de tous les droits honorifiques attachés aux biens dotaux, se qualifiait de seigneur, présentait aux bénéfices, nommait aux offices, opérait les destitutions, sans qu'il eût même besoin de demander le consentement de sa femme. Mais il ne pouvait défendre seul à une action réelle concernant la propriété du fonds dotal. La femme doit exercer elle-même les actions en se faisant autoriser de son mari (Roussilhe, nos 217-219 ; Cfer Salviat, p. 196 ; attestation du barreau de Bordeaux du 30 juin 1673; rép. de Merlin, vo puiss. mar., sect. 2, art. 3, § 3). Domat, plus fidèle aux principes romains, enseigne pourtant (lois civiles I, tit. 10, sect. 1, no 4) que le mari exerce de son chef toutes les actions dépendant de la dot, et peut agir seul en justice pour revendiquer l'immeuble dotal.

En était-il de même pour la dot mobilière? Toullier, sur l'autorité de Serres et de l'édit de 1664, avait enseigné que, dans tous les pays de droit écrit, l'aliénabilité des meubles dotaux était admise comme un principe indiscutable. MM. Odier et Tessier ont soutenu plus récemment que Serres était à peu près le seul auteur de cette opinion. Pour nous, la vérité est entre ces deux extrêmes. Il est certain qu'à Bordeaux on appliquait dans toute sa rigueur le principe de l'inaliénabi-

ni obliger ses immeubles dotaux. Ses engagements ne sont exécutoires que sur les meubles et acquêts (Boucheul, eod., no 69). — L'art. 54 de la Coutume de Bordeaux contient une disposition peu près semblable, mais la femme n'est pas obligée de discuter.

lité (1). Mais, en dehors du ressort du Parlement, la majorité des auteurs reconnaissait au mari le droit de disposer irrévocablement des meubles et deniers dotaux. C'est ce que nous établirons par de nombreuses autorités, parmi lesquelles nous citerons notamment Roussilhe et Catellan, que l'on n'est pas peu étonné de voir invoquer par M. Odier en faveur du système contraire (nº 1234).

Diverses attestations du barreau de Bordeaux, le 1er août 1672, le 7 juillet 1636, le 4 décembre 1686, que rappelle Salviat, déclarent la dot des femmes inaliénable, même après la séparation de biens et sans distinguer entre les meubles et les immeubles. Aussi décidait-on que la femme ne pouvait expressément ou tacitement renoncer à son hypothèque légale sur les biens de son mari et arriver ainsi par une voie indirecte à l'aliénation de la dot mobilière (Cfer Tessier, de la dot, notes 499 et 530). Ce système était aussi enseigné par Despeisses (de la dot, sect. II, nº 33, et sect. III, nº 29), qui cite un arrêt du Parlement de Dijon du 3 mars 1583, et deux arrêts du Parlement de Paris des 14 juillet 1584 et 16 juillet 1605.

Mais, dans l'opinion de la grande majorité des auteurs, le mari, tant que dure la vie commune, est seul maître des meubles apportés en dot. Les principes romains, dont on s'était écarté lorsqu'il s'agissait du fonds dotal, avaient été maintenus sur ce point. Par une conséquence toute naturelle de son droit de propriété, il pourra les aliéner, les donner même sans le consente-

(1) C'est au moins ce qu'affirme M. Tessier; car il nous a été impossible de le vérifier nous-même.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

ment de sa femme. Mais la séparation de biens, quoiqu'elle n'ait pas pour effet d'altérer en rien le principe de l'inaliénabilité (Roussilhe, n° 498, Louet et Brodeau, lettre F, som. 30), transportant sur la tête de la femme les pouvoirs qui appartenaient au mari, la femme, à partir de ce moment, devient capable d'aliéner ses meubles et de s'obliger sans autorisation jusqu'à concurrence de leur valeur. C'est ce qui ressort de l'examen des auteurs de droit écrit ; le témoignage de Serres est des plus formels.

« Puisqu'il n'y a que l'aliénation du fonds dotal qui soit défendue par la loi, il s'ensuit que le mari est le maître absolu des sommes, actions, obligations ou hypothèques légales, et qu'il peut aliéner comme il trouve à propos (*l. 5. D., de imp. in res dot. fact., l. 2, C., de oblig. et act.*). Mais la femme ne peut ni les céder, ni les aliéner, ni en traiter elle seule, parce que l'exercice des actions et aliénations dotales ne réside pas sur sa tête, et il y a un arrêt du 1er mars 1706, rendu entre la dame Mercier et Me Caumette, notaire, qui a jugé que cette cession faite par la femme seule était nulle. Par un autre arrêt du 11 août 1705, au contraire, dans la cause du sieur du Roc de Pradels, il a été jugé que le mari, dont la femme s'était constitué en dot tous ses biens, aurait pu valablement traiter et transiger des droits de sa femme, quoique elle fût mineure lors de la transaction, et qu'il fût même question d'un compte tutélaire (Inst. de droit Français l. II, t. VIII pr.). »

Catellan est aussi formel. D'après cet ancien conseiller au parlement de Toulouse, le mari étant le maître absolu de la dot mobilière, les créances dotales doivent être compensées avec ses dettes. Ses créanciers peuvent

aussi de son chef saisir-arrêter les sommes dotales entre les mains des débiteurs.

« Le mari, étant le maître absolue des obligations qui lui ont été constitueés en dot et pouvant les nover et en retirer paiement, comme bon lui semble, sans être obligé de bailler caution, il s'ensuit que, tandis que ces obligations appartiennent au mari, ses créanciers peuvent faire saisir-arrêter les sommes dotales entre les mains des débiteurs et qu'ils doivent en avoir la récréance, sans que la femme puisse s'y opposer, si les biens de son mari ne sont pas en distribution (1). On demeura d'accord de ces propositions en la 1re chambre des enquêtes le 30 mai 1665, quoique la question n'y fût pas jugée à cause des circonstances.

» Il s'ensuit pareillement de là que le mari peut, en paiement de ses dettes propres, céder les obligations qui lui ont été constituées en dot, tout comme d'autres obligations qui lui appartiennent, et il a été jugé qu'après la cession que le mari a fait de ces obligations dotales ou autres, et après l'acceptation faite par les débiteurs, la femme, quelque privilége qu'elle puisse avoir pour la répétition de sa dot, ne peut pas agir sur ces obligations encore existantes et non payées, ni les saisir (arrêt du 20 juin 1668. Arrêts remarquables du parlement de Toulouse, IV, 47) ».

Et l'annoteur Védel ajoute : « Je crois que l'arrêt après partage du 20 juin 1668 est conforme aux règles

(1) Cette distinction tient uniquement à ce que, la séparation de biens devant être alors demandée, la femme sera préférée à tous les créanciers du mari, par suite de son *privilegium dotis* (Voir Roussilhe, qui traite à fond la question et les autorités qu'il cite nos 233-238).

et qu'il faut constamment décider, quand la cession faite par le mari à un de ses créanciers, d'une somme dotale a été acceptée par le débiteur de cette somme, la femme ne peut plus agir sur l'obligation cédée, quoique exstante, si la cession a été faite dans un temps non suspect et où les biens du mari n'étaient pas dérangés. » Evidemment en effet en aucun cas le mari ne peut empêcher la femme d'exercer s'il y a lieu, l'action paulienne.

Guy du Rousseaud de la Combe, dans ses notes sur Despeisses, après le passage où ce dernier avait soutenu l'inaliénabilité des meubles, ajoute :

« Lorsque l'aliénation des meubles apportés en dot par la femme a été faite par le mari, pendant le mariage, ni elle ni ses héritiers ne peuvent révoquer cette aliénation, quoique il s'agisse de meubles meublans, non estimés et parce que le mari n'est point simple dépositaire de ces meubles, qu'il en est comme maître et propriétaire, et que la prohibition de la loi *Julia de fundo dotali*, ne s'étend point sur le mobiliaire apporté en dot par la femme. »

Il est impossible d'être plus explicite. L'auteur continue :

« Il en faut dire de même d'une action et créance dotale et même d'une rente constituée dotale.... Cependant si les meubles dotaux sont saisis à la requête des créanciers du mari, la femme peut les revendiquer. V. Catellan. IV, 47. »

Evidemment Rousseau de la Combe, dans cette dernière phrase, n'entend parler que du cas où la femme, demandant la séparation de biens, exerce son hypothèque privilégiée, ainsi que nous l'avons remarqué sur Catellan auquel il se contente de renvoyer.

Roussilhe rend un témoignage indentique : « Nous avons déjà dit que le mari est le maître des sommes et *effets dotaux* que la femme lui a apportés en dot ; dès lors *nul doute* que ses créanciers ne puissent les faire saisir et arrêter entre les mains des débiteurs de la dot, en obtenir la délivrance et s'en faire payer, même contre le gré de la femme (n° 233 *Cfer*, n° 238).

La cession que la femme ferait, *seule*, d'une dette dotale, serait nulle, « *parce que l'exercice de ses actions ne réside pas sur sa tête* (N° 239 *in fine*). »

La participation de la femme à l'acte ne l'oblige en aucune façon : on présumera seulement, s'il s'agit d'une remise, qu'elle l'a considérée comme un acte de bonne administration.

« Quand la remise *de partie* de la dette a été faite du consentement de la femme, *quoiqu'elle ne puisse aliéner son fonds dotal pendant le mariage*, elle est alors obligée de se contenter de ce que le mari a touché de la dette, parce qu'il est à présumer qu'elle a reconnu la remise nécessaire, soit pour assurer le *surplus* de la dette, soit pour d'autres motifs qu'elle peut avoir eus pour consentir à la remise de *partie* de la dette (N° 239 *in medio*). »

De Juin, conseiller au parlement de Toulouse, dans son Journal du Palais de cette Cour. (T. 6., p. 46 et 47, mars 1736), s'exprime ainsi :

« L'aliénation des hypothèques dotales est permise au mari pendant le mariage, parce que la loi ne défend au mari que l'aliénation des fonds dotaux. Mais cette aliénation n'est pas permise à la femme, parce qu'elle n'a point l'exercice des actions dotales, qui résident sur la tête du mari (Inst. *quib. alien.* § 1 ; l.

unica. C. de rei uxor act.; l. 21. *C. de donat.;* Louet, lettre D, somm. 12 ; Espilly, ch. 125 ; d'Olive, liv. 3, ch. 29). »

Boniface cite aussi un arrêt du Parlement de Provence du 18 décembre 1670, qui décide « que le mari a pu transiger des droits de la femme, descendants des comptes tutélaires rendus par ses tuteurs. » (L. 5. t. 5. ch. 1, tome 4, p. 282).

Dupérier (t, 1, q. 3) nous apprend que, bien qu'on décide généralement en Provence que l'obligation de la femme est nulle, sans distinction des biens dotaux et des biens paraphernaux (1), il n'y a pour cela aucune raison solide ni dans les lois, ni dans le sentiment des auteurs. Dans son livre 3, q. 5, on lit en effet ces mots : « Ce n'est pas qu'*il faille douter* que le mari qui n'est *pas simple procureur et administrateur*, *mais seigneur et maître des droits dotaux* de la femme, ne puisse décharger le débiteur par une compensation qui procède de sa propre dette. »

Le passage suivant de Julien sur les statuts de Provence, n° 28 : « la femme ne peut pendant le mariage aliéner ni engager sa dot, soit qu'elle consiste en argent, en meubles ou en immeubles, » ne prouve rien contre nous, puisqu'il ne s'applique qu'à la femme dont nous ne contestons pas l'incapacité, tant que dure la vie commune. — Le parlement de Grenoble s'est toujours également prononcé pour l'aliénabilité des meubles.

Boucheul, sous la coutume de Poitou, art. 230, s'exprime ainsi (n° 51) : « Ainsi que l'a observé M. Cujas

(1) Cette décision ne serait-elle pas une conséquence du sénatus-consulte Velleien ?

de la loi 4 *de fundo dotali* et 42 *jure dotium*, il résulte que par la loi Julia le mari n'est pas empêché de vendre et aliéner les meubles que sa femme lui a portés en dot, parce que la loi ne parle que des immeubles, *de fundo dotali*, selon que M. Colombet l'a remarqué en sa jurisprudence, part. 3. t. 26.

» N° 52. Cela veut dire que le mari, ayant vendu et aliéné les meubles de sa femme, quoiqu'elle se les fût constitués en dot, la femme, après la dissolution du mariage, n'en peut pas révoquer l'aliénation, mais non pas que la femme dont la dot consiste en deniers et effets mobiliaires, en partie ou pour le tout, soit obligée jusqu'à concurrence des dits meubles.

» C'est l'un des points de l'arrêt du 18 mai 1657 rapporté par Henrys, livre IV 9, q. 147 et par lequel tous les biens constitués en dot à Cécile Féron par son contrat de mariage, soit les biens mobiliaires à elle appartenant, dont elle pourra justifier que son mari a été chargé avec l'augment à elle accordé par le dit contrat, et tous les intérêts pour ce dus échus et à échoir, sont déclarés non sujets aux dettes et hypothèques par elle contractées pendant le mariage.

» N° 58. Le même arrêt de la Féron du 18 mai 1657, et un autre rendu à son profit le 13 juillet 1658, transcrits par Henrys à la fin du 2e tome de ses arrêts, ont jugé que la dot même constituée en deniers et mobiliaires était tellement inaliénable que la dite Féron, quoique séparée de biens d'avec son mari et marchande publique, n'avait pu par obligations contractées depuis sa séparation, et du vivant de son mari, engager ni hypothéquer ses deniers dotaux, et en conséquence que pour raison des dites obligations elle ne pourrait être contrainte par corps. »

Boucheul, d'accord avec les auteurs cités plus haut, tant que dure la vie commune, affirme sur l'autorité des deux arrêts du parlement de Paris que l'incapacité de la femme subsiste même après la séparation de biens. C'est là une erreur contredite par le témoignage de tous les autres auteurs. Quant aux deux arrêts qu'il invoque, nous verrons bientôt que, loin d'avoir reproduit la doctrine suivie dans les pays de droit écrit, ils causèrent un tel mécontentement aux habitants du Lyonnais que six ans plus tard, Louis XIV, sur leurs instances, abrogea la loi Julia même en ce qui concerne les immeubles.

La séparation de biens n'a pas pour effet de faire cesser l'inaliénabilité du fonds dotal. Introduite pour sauvegarder la dot, la séparation ne peut devenir un moyen pour la dissiper plus facilement, mais elle relâche plutôt qu'elle ne resserre les biens du mariage; la dot mobilière ne deviendra donc pas inaliénable et la femme en aura la libre disposition. Si pendant que subsistait dans toute sa force le lien du mariage, il ne lui était point permis de l'engager valablement, les auteurs qui nous font connaître cette prohibition, nous en donnent aussi la raison. C'est que les actions dotales reposent alors sur la tête du mari, seul seigneur et maître des effets dotaux ; la séparation transportant à la femme les pouvoirs du mari, elle pourra donc librement disposer du mobilier. Ces conséquences qui découlent naturellement des principes, sont d'ailleurs confirmées par des textes certains.

Voici ce que nous lisons dans Roussilhe : « La femme quoique séparée ne peut aliéner ses immeubles dotaux : si elle le fait, les ventes sont nulles, à moins qu'elle n'ait obtenu la permission en justice, en la forme

qui est usitée lorsqu'elle n'est pas séparée. (V. Louet et Brodeau, lettre F., somm. 30, Lebrun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, nº 13, et le supplément des arrêts de M. de Juin, t. 1, page 82).

» La femme ne pouvant aliéner ses immeubles, quoique séparée de biens, ne peut non plus s'obliger ; ou du moins ses obligations ne peuvent avoir d'effet que sur les fruits et revenus de ses biens dotaux et sommes mobilières mais non sur les immeubles (nº 438).

» La femme peut recevoir ses revenus, les créances qui lui sont dues, les céder, s'obliger, à raison de ce, jusqu'à concurrence de ses revenus ; mais elle ne peut rien faire qui tende à l'aliénation de ses immeubles (nº 499). »

La femme mariée peut agir en justice pour ce qui la concerne, sans être autorisée de son mari (*Cfer* art. 224 de la Coutume de Paris). »

Brodeau sur Louet est encore plus explicite : « La femme séparée de biens *peut sans le consentement et l'autorité de son mari, disposer de ses meubles et du revenu de ses immeubles*, peut faire baux à ferme, donner quittance, et s'obliger à l'effet de la séparation pour sa nourriture et entretenement, mais non pour autre sujet, ni par aucune obligation, donation ou contrat qui affecte l'immeuble et emporte aliénation perpétuelle. Le texte y est formel en la loi *ubi adhuc* 29, C. *de jure dotium*, où il est dit qu'en cas de mauvais ménage du mari, et dissipation de biens, la femme peut retirer sa dot et autres biens pour en jouir comme si le mariage était dissolu, ce qui se rapporte à notre séparation de biens en païs coutumier ; mais c'est sous cette condition : *ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alie-*

nandi, vivente marito, et matrimonio inter eos constituto sed fructibus earum ad substantiam tam sui quam mariti filiorumque, si quos habet, abutantur. »

Quelques lignes plus loin, Brodeau déclare que si la femme a voulu obliger ses immeubles, le contrat *est nul de foi*, et le créancier ne sera pas recevable à en restreindre l'effet sur les meubles et les revenus dotaux. Cela suffit à M. Odier pour ranger Brodeau parmi les partisans de l'inaliénabilité dotale, avec Roussilhe, Castellan, Boucheul, etc. C'est ce qui nous a déterminé à citer textuellement les passages que nous devions invoquer. Nous aurions voulu nous contenter d'un renvoi; mais en présence de ces résumés inexacts qu'acceptent pourtant les auteurs les plus graves (*Cfer*, Zach., Aubry et Rau, § 537 bis, note 3), nous avons dû mettre le lecteur à même de juger en connaissance de cause.

Nous n'avons point encore parlé des pays de droit écrit du parlement de Paris. Ces provinces qui comprenaient le Lyonnais, le Forêts, le Beaujolais et le Maconnais avaient par suite de leur grand commerce senti plus particulièrement combien l'inaliénabilité dotale était destructive du crédit et de la prospérité publique. Après que l'édit de 1606 eut abrogé le Sénatus Consulte Velleien qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui et renoncer à leur hypothèque légale, on avait conclu que la loi Julia avait cessé d'être applicable, surtout si la femme avait formellement renoncé à en invoquer le bénéfice, lors de la rédaction du contrat. Cette interprétation avait jeté de profondes racines dans ces pays commerçants. « De fait, nous dit Henrys, c'est l'usage commun de la province, et depuis que j'ai suivi le barreau, je n'ai point appris qu'aucune femme ait

été relevée de l'aliénation de son *bien dotal*, qu'en proposant et vérifiant des faits de force ou d'une crainte suffisante et autre que celle qui résulte de l'autorité maritale. » (IV, q. 141, nº 10).

Un arrêt du Parlement ayant, en 1658, déclaré qu'une femme ne pourrait être obligée sur ses biens dotaux, les plus fameux avocats de Lyon estimaient que cet arrêt, étant contre l'usage, ne devait pas être suivi. Acte de notoriété fut en effet déposé au présidial, contrairement à la décision de cet arrêt si nuisible au commerce. « C'est ainsi que l'usage a beaucoup de force, et que, étant établi, il y a peine de s'en départir, » ajoute Henrys (IV, q. 141, nº 3) qui, convaincu par l'arrêt, avait abandonné son ancienne opinion et soutenait maintenant l'inaliénabilité des meubles dotaux, par un singulier argument de la Novelle 61.

Un nouvel arrêt, rendu le 13 juillet 1658, ne tint aucun compte des remontrances des avocats de Lyon. Henrys, en le reproduisant, le fait suivre de ces observations : « Nous ne doutons pas que, comme l'on a fort murmuré lors du premier arrêt, ce dernier n'excite de plus grands murmures, et qu'on ne trouve mauvais que nous l'ayons inséré dans ce recueil..... Tant il y a que ce dernier arrêt, rendu sur les requêtes civiles et avec grande connaissance de cause, ne doit plus laisser de doute, et il faut en demeurer là s'il n'y est dérogé par un édit. »

Cinq ans, en effet, après l'apparition du livre de Henrys, Louis XIV abrogeait, par le fameux édit de 1664, la loi Julia dans tout le ressort du Parlement de Paris. Les partisans du régime dotal ont essayé d'affaiblir l'importance d'un pareil acte, en prétendant,

d'après Bretonnier (sur Henrys, IV, 8, nº 16), que cet édit avait été rendu à la poursuite d'un sieur Perrachon de Saint-Maurice, fermier général de la généralité de Lyon, « intéressé à mettre les sous-fermiers en état de pouvoir faire entrer leurs femmes dans leurs baux et leur obliger leurs biens dotaux. »

Le fait peut être exact, mais Perrachon ne fut alors que l'écho intéressé des plaintes de tous les habitants de la province, et il ne dut pas avoir besoin de recourir à l'intrigue pour obtenir l'adhésion à sa demande des prévôts et échevins de la ville de Lyon, ainsi que le constate l'édit lui-même.

Quelles sont les garanties de la femme pour la restitution de sa dot?

Il ne peut plus être question pour la femme d'une hypothèque sur la dot immobilière qu'elle apporte au mari, puisqu'elle en conserve la propriété, mais elle a deux autres hypothèques : une sur les biens du constituant pour le paiement de la dot, une autre sur les biens du mari pour en assurer le remboursement. Cette dernière date du jour du contrat, ou, s'il n'y a pas eu de contrat, du jour de la célébration du mariage, pour ce qui concerne la dot ; pour les sommes paraphernales ou l'augment de dot, du jour où le mari en a reçu le paiement. Dans le Parlement de Toulouse on suivait la célèbre loi *Assiduis*, qui accorde à la femme une hypothèque privilégiée, même sur les créanciers hypothécaires antérieurs à la célébration du mariage. Mais cette loi avait reçu d'équitables tempéraments.

Pour qu'il y eût lieu à cette hypothèque privilégiée,

il fallait qu'il y eût un contrat passé devant notaires et que la quittance portât la numération des deniers lorsque la femme se constituait elle-même la dot. Les créanciers antérieurs pouvaient dénoncer leur hypothèque à la femme ; la dot est toujours allouée au premier rang, mais elle profite au créancier qui a dénoncé, tandis que la femme prend la place et l'hypothèque de ce créancier.

La femme pouvait-elle renoncer à l'hypothèque légale sur les biens de son mari?

Nous avons vu qu'il en était ainsi, même dans le dernier état du Droit Romain. Dans les pays de droit écrit, cette prohibition ne fut jamais envisagée comme une conséquence nécessaire de l'inaliénabilité dotale ; on la rattachait à la disposition du Sénatus-Consulte Velleien, reçu dans toute la France et qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui. C'était là une erreur de Droit Romain ; lorsque la femme renonce à son hypothèque, même au profit d'un tiers, il peut y avoir une donation (1), mais évidemment il n'y a pas *intercessio* : la femme renonce à un droit acquis, mais elle ne s'oblige pas pour autrui.

L'empereur Anastase, dans la loi 21, C. ad. sen., Vell., nº 29, confirmée par la loi 1, § 15, *de rei ux.*, avait eu le soin de prévenir cette confusion ; mais les commentateurs de droit écrit avaient seulement conclu de cette constitution qu'il était permis aux femmes de

(1) Il n'y a même pas là une donation prohibée entre époux (Pap., l. 18, *quæ in fraud.* 42, 8 ; l. 11, *C. ad sen.* Vell. 4, 29 ; Cfer M. Demangeat, p. 51 et sq.

renoncer à ce bénéfice; ils appliquaient donc à la renonciation à l'hypothèque légale toutes les règles du sénatus-consulte Velleien.

Cette théorie n'est exposée nettement dans aucun des nombreux auteurs que nous avons eu le soin de parcourir ; mais elle résulte nécessairement de l'ensemble des textes.

Un passage de Henrys est surtout des plus probants : « Il faut encore présupposer que le sénatus-consulte Velleien avait été introduit au bénéfice des femmes pour les affranchir des obligations et intercessions qu'elles peuvent faire pour autrui, auquel bénéfice elles pourraient toutefois renoncer, suivant la constitution de l'empereur Anastase, in l. 21, C. ad sen., Vell.. (1), laquelle Justinien réforme in l. *unica C. de rei ux*, ou plutôt l'interprète (2) *Ut eam intelligi oporteat in rebus mariti vel dotis quidem æstimatis in quibus dominium et periculum mariti est. In fundo autem non æstimato qui et*

(1) Voici le principium de cette constitution : « *Jubemus licere mulieribus* et pro uno contractu vel certis contractibus, seu pro unâ vel certis personis seu rebus, *juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare* quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri... »

C'est donc bien la renonciation à l'hypothèque légale que Henrys cite comme tombant sous l'application du sénatus-consulte Velleien. Du reste la suite va encore mieux nous l'apprendre.

(2) Voici la phrase entière : « Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus vel suo juri renunciantibus loquatur, tamen eam intelligi oportet in *rebus mariti vel* dotis quidem æstimatis in quibus dominium et periculum mariti est.

dotalis propriè nuncupatur, maneat jus intactum (l. IV, q. 8, nº 8).

Le doute n'est pas possible ; c'est bien la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, *in rebus mariti*, qu'interdit, d'après Henrys, le sénatus-consulte Velleien. Catellan va plus loin. Interprétant mieux le sens de la loi 21, il admet que lorsque la femme aura simplement renoncé à son hypothèque, elle reste valablement obligée et ne peut même invoquer le secours du sénatus-consulte Velleien. Mais si l'acte contenait une obligation en même temps qu'une renonciation, le sénatus-consulte sera applicable à l'acte en entier. Du reste, cette distinction devait être peu importante en pratique, le créancier ayant soin de faire obliger solidairement la femme en même temps qu'elle renonce à son hypothèque.

« La femme qui renonce à son hypothèque en faveur d'un autre, n'est pas relevée par le Velleien, le secours du sénatus-consulte ne lui est accordé que pour les obligations qu'elle contracte pour autrui, et non pour les renonciations qu'elle fait. C'est la décision de la loi Jubemus, C. ad sen.,Vell., et cette question a été ainsi jugée après partage. Néanmoins, si dans le même contrat où elle renonce à une hypothèque, elle s'obiige aussi pour un autre, tout l'acte sera emporté ; j'ai vu tous les juges en convenir, le 13 mai 1863, en un procès où la question ne fut pourtant pas jugée, à cause des circonstances » (arrêts rem. V, ch. 17).

Brodeau cite, en l'approuvant, ce passage de Catellan, dans ses notes sur Louet, Lettre V, somm. 6, nº 4; Cfer. Louet lettre V, somm. 6 et 7.

La même théorie se dégage de plusieurs arrêts que

je trouve dans Roussilhe et dans le répertoire de Merlin.

Anne Mordant, domiciliée en Normandie, où il est défendu aux femmes de renoncer au Velleien, s'était conjointement avec son mari et pour ce dernier, obligée envers les religieuses de Trepagny ; à la mort de son mari, elle voulut exercer ses reprises non-seulement sur les biens qu'il possédait en Normandie, mais encore sur ceux de Senlis; les religieuses voulurent au moins être colloquées sur les biens dépendant de la coutume de Senlis, en soutenant que le Velleien était un statut réel. Cette prétention fut repoussée avec raison. Puisque le Velleien restreint la capacité des femmes, c'est évidemment un statut personnel. Mais ce qu'il nous importe de constater, c'est que la question de savoir si la femme avait pu ou non renoncer à son hypothèque, dépendait du point de savoir si on pouvait écarter ou non l'application du Sénatus-Consulte Velleien (Merlin rep. v° sc. Vell. § 2.).

Roussilhe (n° 378) parle d'une femme qui avait contracté une obligation solidaire avec son mari. « On a demandé, si l'obligation de cette femme était valide et *si elle n'avait pas conservé pour sa dot son hypothèque sur les biens de son mari, sis en pays de droit écrit nonobstant son obligation.* » Roussilhe résout la question négativement, parce que la femme n'avait pas renoncé au Sénatus-Consulte Velleien.

La même question s'est présentée devant le parlement de Grenoble le 27 février 1783. — Après s'être mariés en Dauphiné, les époux Guérimand restent dix ans à Paris, où ils souscrivent, au profit du sieur Mazué, une obligation solidaire de 2,070 livres. Le sieur Guérimand ayant dérangé ses affaires, revint en Danphiné.

Sa femme se fit colloquer sur ses biens pour une somme de 2,000 livres. Le sieur Mazué fait saisir le fonds et les fruits du domaine sur lequel la dame Guérimand était colloquée.

La cause contradictoirement plaidée, on soutenait de la part du sieur Mazué : que son titre de créance était obligatoire contre la dame Guérimand, tout comme contre son mari ; que la disposition du Sénatus-Consulte Velleien ne pouvait y porter aucune atteinte, dès que l'obligation avait été passée par des personnes domiciliées à Paris, où ce Sénatus-Consulte est abrogé par l'édit de 1606 ; qu'à la vérité, la jurisprudence de Grenoble n'avait pas permis d'exécuter de pareilles obligations sur les immeubles dotaux situés en Dauphiné, parce qu'on avait jugé que la loi qui en prohibait l'aliénation était un statut réel, mais que lorsque la dot ne consistait qu'en deniers, elle devait être régie par les lois du domicile suivant lesquelles l'obligation de la femme était valable (1); *que d'ailleurs, en Dauphiné, comme dans les autres provinces, régies par le droit écrit, il était libre à la femme de renoncer à l'hypothèque de sa dot, en faveur des créanciers du mari, ainsi que le décident la loi 1, C. de rei uxo. et les lois 2 et 21 C. ad. sen. Vell.* On s'étayait enfin d'une consultation de MM. Lemaistre et Barthélemi où ces deux jurisconsultes

(1). Le sieur Mazué veut dire que si la prohibition d'aliéner les immeubles dotaux est de statut réel, la renonciation à l'hypothèque qui garantit la dot mobilière, la seule chose dont il s'agit, n'étant prohibée que par le Sénatus-Consulte Velleien, est une loi de statut personnel ; elle doit donc être régie par la Coutume de Paris, qui, ainsi que nous allons le voir, suppose toujours une renonciation tacite.

sultes célèbres, oracles du barreau de Grenoble, avaient approfondi la question.

La dame Guérimand soutenait au contraire : 1° que son séjour à Paris ne lui avait pas fait perdre son domicile en Dauphiné ; 2° que le Sénatus-Consulte Velleien était de statut réel. — L'arrêt annula la saisie.

Roussilhe se contente de l'approuver (n° 378). Merlin pense que le parlement n'a pu se décider qu'en adoptant le premier moyen de la défenderesse. L'arrêt n'aurait donc contredit aucun des points de droit invoqués en faveur du sieur Mazué.

De tous ces textes, il résulte donc que la prohibition pour la femme de renoncer à son hypothèque ne reposait que sur une fausse application du Sénatus-Consulte Velleien. Ce point est important, car de bonne heure, on avait éludé la prohibition du Sénatus-Consulte.

Justinien, dans la loi 22, C. ad. sen. Vell. avait enlevé à la femme le bénéfice de ce Sénatus-Consulte, lorsque elle avait confirmé son obligation, au bout de deux ans. Mais si elle s'était obligée pour son mari, l'acte devait toujours rester nul, à moins que la femme n'ait profité de la somme empruntée (Nov. 134, ch. 8, d'où est tirée la célèbre authentique, *si qua mulier*, qui figure au Code ad. sen. Vell. après la loi 22).

Dans les pays de droit écrit, on posa en principe qu'on avait toujours le droit de renoncer à une exception introduite en notre faveur, et on permit à la femme de renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velleien, et de l'authentique *si qua mulier*, même dans le contrat qui constatait son obligation. Si l'on en croit Brodeau (sur Loüet, lettre V, 7, n° 3), c'est G. Durand, surnommé le spéculateur, originaire de Provence, qui avait

le premier, introduit ces renonciations dans les contrats vers l'an 1261.

Quoi qu'il en soit, cet usage se répandit promptement et les renonciations devinrent de style, de manière à rendre illusoire le bénéfice du Velleien.

... « Le sentiment commun fut qu'elle pouvait renoncer par le même contrat, comme après et dans ce cas, les praticiens ayant mis ces renonciations en usage par où le bénéfice du Velleien était inutile et sans aucun secours. »

(Boucheul Cout. de Poitou, art. 381, nº 54).

Mais comme d'après la loi 30 au D. ad. sen. Vell. la renonciation devait avoir lieu en connaissance de cause; pour que la femme restât valablement obligée, avant de recevoir sa déclartion, le notaire devait leur faire connaître clairement l'exception introduite en leur faveur par le Velleien et l'auth. *si qua mulier*, et en faire mention expresse dans les actes. L'ignorance et la négligence de la plupart des notaires, dans l'accomplissement de ces formalités, donna naissance à un si grand nombre de procès, que Henri IV par son édit du mois d'août 1606 abrogea le Velleien et l'auth. *si qua mulier*, et ordonna que les femmes pourraient s'obliger valablement et cautionner pour autrui, sans qu'il fût besoin d'aucune renonciation. Il fit défense aux notaires d'insérer dans leurs actes les renonciations qui pourraient leur être faites. (Roussilhe nº 376 : Boucheul *loc. cit.* ; Louet et Brodeau, lettre V. som. 7.) Cet édit n'ayant été enregistré qu'au parlement de Paris et de Bourgogne, le Velleien a continué d'être observé dans les autres parlements de droit écrit : Serres (Inst. III, T. 21) atteste qu'il est usité au parlement de Toulouse et même dans

la ville, bien qu'un article de la Coutume porte qu'il ne doit pas avoir lieu dans la ville de Toulouse ; la femme qui veut se faire relever, doit demander des lettres royaux dans les dix ans. (Roussilhe n° 378; Catellan V, ch. 17.) — En Normandie le Velleien est observé encore plus rigoureusement que dans le droit romain. La femme n'est jamais admise à renoncer ; et bien qu'elle ratifie, même après les dix ans, l'obligation restera toujours nulle, sans qu'il y ait besoin de prendre des lettres (Roussilqe 377) Le Velleien a été aboli en Bretagne, par un édit du mois de décembre 1683.

Nous savons déjà que ce statut étant personnel, puisque il crée une incapacité spéciale à la femme, on doit considérer la coutume du domicile de la femme pour savoir quelles sont les règles à appliquer. Et comme la question de l'hypothèque est intimément liée avec celle du S. C. Velleien, on saura ainsi si la femme a pu valablement ou non renoncer à son hypothèque légale.

DEUXIÈME PARTIE.

CHAPITRE I.

De l'aliénation des meubles dotaux.

§ 1. — *Principes généraux.*

La dot est le bien que la femme apporte au mar pour soutenir les charges du mariage (art. 1540). De cette définition très-exacte et conforme à la nature des choses, il résulte que la dot est toujours constituée par la femme. Parfois elle le fera avec des biens qu'elle possédait avant le mariage; le plus souvent avec des biens qui lui seront donnés, au moment même du contrat.

Dans ce dernier cas, il y a un acte complexe qu'il importe de décomposer, si l'on veut se rendre un compte exact de la nature de cette opération. Entre le tiers constituant et la femme, il ne peut y avoir qu'une donation, puisque l'obligation de doter que le droit romain imposait aux parents, n'est plus dans notre droit

actuel qu'un devoir de conscience (art. 204). Pour régler ces rapports, on appliquera donc en principe les règles des donations.

La femme transmet ensuite au mari, à titre de dot, ces biens dont elle vient d'acquérir la propriété. Il s'opère alors un nouveau contrat aléatoire, synallagmatique et à titre onéreux. La femme abandonne au mari l'administration et la jouissance de ses biens; et ce dernier s'oblige à pourvoir à son entretien et à l'éducation des enfants qui naîtront du mariage.

Cette distinction en deux actes différents qui seule permet de résoudre nombre de questions relatives à la dot, est textuellement écrite dans l'art. 1541. Nous lisons en effet dans cet article, que tout ce qui est donné à la femme en contrat de mariage est dotal; or si nous rapprochons de cette phrase la définition de la dot donnée par l'art. 1540, nous devons la traduire ainsi : « *La femme transmet au mari pour supporter les charges du mariage, à titre de dot, les biens qui lui sont donnés dans le contrat de mariage.* »

Au moment donc où est constituée la dot, la femme est donc nécessairement propriétaire des biens qui la composent. La propriété continue-t-elle de résider sur sa tête après cette constitution?

L'affirmative nous paraît évidente. Dans le dernier état du droit romain se manifestait une tendance à restreindre les droits du mari sur la dot; et Justinien avait même accordé à la femme une action en revendication pour recouvrer la dot; l'ancien droit lui reconnaissait sans aucune contestation la propriété des immeubles dotaux. Le législateur moderne a assimilé à ce point de vue les meubles aux immeubles.

Son intention résulte des expressions mêmes employées pour qualifier la nature de ce droit : l'art. 1549 donne au mari l'administration des biens dotaux ; l'art. 1562 l'assimile à un usufruitier. Ces dispositions ne supposent-elles pas qu'évidemment il n'est pas propriétaire ? Mais un argument plus direct et plus décisif se tire des art. 1551 et 1552. D'après le premier de ces articles, le mari devient propriétaire de la dot mobilière, si elle a été mise à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimatien n'en fait pas vente.

Toutes les fois donc que cette condition ne sera pas réalisée, le mari ne deviendra pas propriétaire. D'après l'art. 1542, l'estimation donnée à l'immeuble dotal *n'en transporte point* la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration expresse. En dehors donc des deux cas exceptionnels prévus par ces deux articles, la propriété continuera donc à reposer sur la tête de la femme.

M. Troplong a vainement essayé d'échapper à cette conséquence :

Qui actionem ad rem recuperandam habet, dit-il, *ipsam rem habere videtur*. L'administration, au moins en ce qui concerne la dot mobilière, emporte nécessairement le droit de propriété ; le mari qui peut recevoir les capitaux mobiliers peut incontestablement les dissiper. La propriété civile du mari est-elle d'ailleurs incompatible avec la propriété naturelle de la femme ? Toutes ces propositions nous paraissent bien hasardées. Sans doute, en Droit Français, où la simple obligation de livrer suffit pour transférer la propriété (1138), l'action qui tend à se faire livrer un objet en suppose nécessairement la propriété chez celui qui a le droit d'exercer cette action pour son propre compte et non comme simple mandataire.

Or, même d'après l'art. 1549, le mari n'a que l'exercice et non la jouissance des actions dotales ; il agit non pas en qualité de propriétaire, mais comme mandataire légal de sa femme.

Il est très vrai qu'après avoir perçu les capitaux, rien n'empêche le mari de les dissiper, mais on peut en dire de même du tuteur et de tout mandataire infidèle. M. Troplong en conclura-t-il que le tuteur est propriétaire des créances du pupille? Cette idée d'une propriété civile et d'une propriété naturelle, s'exerçant en même-temps sur un même objet, est un souvenir malheureux du Droit Romain. A Rome, le *dominium ex jure Quiritium*, n'était autre chose qu'un droit de propriété acquis d'après le droit civil; le *dominium in bonis*, un droit de propriété acquis par des moyens que garantissait le droit prétorien, mais que n'avait jamais admis le droit civil. Est-il possible, je le demande, d'introduire dans le Code Napoléon quelque chose de plus disparate, de plus étranger à nos mœurs et à l'ensemble de notre législation? Cette importation est d'autant plus malheureuse, que, précisément à Rome, on a toujours considéré le mari comme seul propriétaire de la dot (1).

Le mari n'a donc qu'un droit d'usufruit sur la dot. Lorsqu'il a pourvu à tous les besoins du mariage, il garde l'excédant des revenus dotaux, sans que la femme puisse de ce chef, exercer aucun recours contre lui. C'est la conséquence implicite de l'art. 1571 qui autorise le mari, lors de la dissolution du mariage, à garder, sans distinction, la partie des fruits correspondant

(1) V. M. Demangeat, l. 1, pr. *de fundo dotali*.

au temps qu'il a duré pendant la dernière année. (Voir l'art. 1568, encore plus formel).

Après la séparation de biens, la femme reprend la libre administration de ses biens dotaux ; le pouvoir d'exercer les actions, de recevoir les capitaux, de percevoir les fruits, lui appartient en entier ; mais l'inaliénabilité dotale n'en existe pas moins. L'art. 1554 est formel ; les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués *pendant le mariage* ; et les raisons qui avaient fait admettre ce résultat dans le Droit Romain et l'ancienne jurisprudence, subsistent dans toute leur force.

On objecte en vain que l'immeuble dotal devient prescriptible après la séparation des biens (art. 1561, 2e alinéa); mais c'est là précisément un argument en faveur de notre opinion. Il est certain que l'imprescriptibilité n'a été admise que comme une conséquence de l'inaliénabilité et pour mieux en assurer l'exécution ; sans l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité ne se comprend plus, surtout après la séparation, lorsque rien n'empêche la femme, maîtresse de toutes les actions, d'interrompre le cours de la prescription. Lors donc que l'article 1561 déclare l'immeuble prescriptible, c'est qu'il ne continue pas moins d'être inaliénable, à moins qu'on ne veuille prêter une naïveté au législateur. Cette explication est d'autant plus vraisemblable, que le désir de se créer des ressources immédiates qui pourraient entraîner la femme à vendre ou hypothéquer l'immeuble dotal n'est plus à craindre, lorsqu'il s'agit seulement d'interrompre le cours d'une prescription.

On oppose aussi l'article 1449, dont le dernier alinéa permet à la femme de disposer de ses immeubles avec

le consentement de son mari, ou l'autorisation de justice, à son refus. On ne peut nier que cet article ne soit applicable aux époux mariés sous le régime dotal : l'article 1563, en renvoyant aux articles 1443 et suivants, comprend nécessairement l'article 1449. Mais nous dirons, avec M. Zachariæ et ses savants annotateurs, que l'article 1449 n'a nullement pour but de modifier les règles d'indisponibilité réelle fondées sur l'inaliénabilité de la dot : il ne statue que sur la question de capacité personnelle de la femme séparée. Le pouvoir d'aliéner qui lui est concédé ne pourra s'exercer que tout autant que ses biens ne seront pas frappés d'inaliénabilité par d'autres textes du Code Napoléon.

§ 2. — *Quels sont les meubles réellement dotaux.*

La dot sera mobilière toutes les fois que la femme apportera au mari, pour supporter les charges du mariage, des biens qui sont rangés au nombre des meubles par les articles 527 et suivants.

Ces meubles, avons-nous dit, continueront *toujours* d'appartenir à la femme. Ce principe est absolu. Les articles 1551 et 1552 n'y apportent aucune dérogation.

Si l'immeuble, estimé avec la déclaration expresse que l'estimation vaut vente, devient la propriété du mari, il est inexact de dire que cet immeuble est constitué en dot. Il s'opère alors une véritable vente (1) :

(1) Devrons-nous appliquer à l'estimation donnée à l'immeuble

la perte de l'immeuble survenue pendant le mariage, sans que le mari ait une faute à s'imputer, ne le libèrera pas de l'obligation de restituer la dot. Ce qui est dotal, c'est le prix que le mari reconnaît devoir en échange de l'immeuble. La femme n'a plus qu'une créance dont elle recouvrera la valeur à la dissolution du mariage.

Il en est de même lorsque des objets mobiliers sont mis à prix par le contrat de mariage; seulement la vente a lieu de plein droit, sans qu'il soit besoin de s'en expliquer. Si les parties veulent empêcher ce résultat, elles doivent le déclarer expressément.

Que décider si la dot consiste en choses fongibles? Si elles ont été estimées, pas de difficulté; nous retombons dans le cas précédent. *Quid juris,* s'il n'y a eu aucune estimation? — La destination de la dot, qui doit servir à l'entretien du ménage, le droit d'usufruit du mari, sont incompatibles avec la conservation en nature de ces objets : il y aura donc un quasi-usufruit. Le mari deviendra propriétaire des choses fongibles, et la femme aura contre lui une créance pour recouvrer, à la dissolution du mariage, une quantité égale de choses de même genre et même qualité.

Le mari quasi usufruitier, jouirait en cette qualité du bénéfice que lui accorde l'article 487 de rendre à son

les principes de la vente en matière de lésion? Roussilhe, dans l'ancien Droit, mettait l'affirmative hors de doute. Il nous semble pourtant que les raisons qui ont fait admettre la rescision pour cause de lésion en matière de vente, font complètement défaut. Nous verrions plutôt une donation déguisée, que le préjudice fût éprouvé par le mari ou la femme. Telle est l'opinion de MM. Rodière et Pont.

choix, ou des choses pareilles, ou leur estimation. Pour lui il y a une dette *cum facultate solutionis*.

Dans tous les cas, la femme acquiert contre le mari, au moment même du contrat, une créance qu'elle lui donne immédiatement après en dot; mais la question de l'aliénabilité présente même en ce cas de l'intérêt. Suivant qu'on la résoudra affirmativement ou négativement, on permettra ou non à la femme de renoncer à ses reprises contre le mari, et à l'hypothèque qui en garantit le paiement. Mais il est d'autres créances dotales. La femme, antérieurement au mariage, peut avoir d'autres débiteurs que le mari. Cela se produira notamment, lorsqu'on aura promis dans le contrat de mariage de donner une somme à la femme. Qu'on ne dise pas que le mari devient alors créancier et qu'il a une action personnelle pour se faire remettre la dot. La promesse de donation a été faite seulement à la femme, et la créance qu'elle a acquise a été par elle apportée en dot au mari. Si l'article 1569 déclare le mari tenu de restituer la dot dix ans après l'échéance du terme pris pour le paiement, ce n'est pas que la créance ait été mise à ses risques et périls ; mais parce qu'il y a une négligence trop grande à rester dix ans sans exercer les actions dotales.

Je dois ajouter, parce qu'on a soutenu le contraire, que les créances, les actions, les titres de rente, ne portent pas en elles-mêmes leur estimation et qu'à moins de déclaration expresse, elles restent aux risques et périls de la femme qui en demeure propriétaire (article 1567).

Ces créances forment un corps certain tout comme les meubles meublants : si nous décidons que la dot

mobilière est inaliénable, *sous aucun prétexte* elles ne devraient être cédées ni vendues.

Quelle que soit notre opinion sur la question de l'inaliénabilité, ne devrions-nous pas décider que les meubles sujets à dépérir et qu'un bon administrateur doit se hâter de vendre, pourront toujours être valablement aliénés par le mari?

Evidemment si cette aliénation rentre dans les pouvoirs d'un administrateur, elle sera permise au mari, puisqu'il a l'administration des biens dotaux. Mais nous ne voyons pas très clairement de quelle classe de biens on entend parler, puisque le mari acquiert les revenus dotaux et que nous lui avons attribué la propriété des choses fongibles.

En tout cas nous n'admettrions guère que la cession d'une créance, si douteuse qu'elle puisse paraître un instant, la vente des rentes, actions et obligations industrielles dans un moment où la baisse est à craindre, soient de simples actes d'administration.

§ 3. — *Intérêt de notre question.*

Ce court exposé fait déjà pressentir l'importance de la question que nous avons à traiter. Elle présente en effet de l'intérêt à cinq points de vue.

1° La femme, autorisée, a vendu un meuble; mais, sans en avoir livré la possession à l'acheteur. Ce dernier revendique le meuble : devra-t-il triompher? Oui, si la dot mobilière est aliénable; non, si la dot mobilière est inaliénable, car la vente est nulle.

2° La femme autorisée, a vendu et livré un meuble dotal : pourra-t-elle le revendiquer? Si la dot mobilière

est aliénable; elle sera repoussée, mais si elle est inaliénable ? Les partisans de ce système font d'ordinaire une distinction. S'il s'agit d'un meuble incorporel, incontestablement la femme pourra revendiquer ; car les droits mobiliers ne tombent point sous l'application de l'article 2279 ; s'il s'agit au contraire d'un meuble corporel, le tiers détenteur triomphera en vertu de la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre. »

Cette distinction ne nous paraît pas exacte. On reconnaît aujourd'hui que l'article 2279 ne fait qu'édicter pour les meubles une prescription instantanée. Si on assimile la dot mobilière à la dot immobilière, quant à l'inaliénabilité, il est difficile de ne pas les assimiler aussi quant à l'imprescriptibilité. Si les nécessités du crédit et du commerce, l'intérêt des tiers n'ont pas empêché le législateur de proclamer l'inaliénabilité de la dot mobilière, pourquoi, lorsqu'il a gardé le silence, en conclure qu'il a reculé devant le principe de l'imprescriptibilité ? Si l'article 1561 est muet en ce qui concerne les meubles, l'article 1554 ne l'est guère moins.

Aussi M. Taulier et MM. Rodière et Pont (contrat de mariage II, 606), plus logiques, admettent-ils l'impossibilité de la prescription acquisitive des meubles, la seule dont nous nous occupions en ce moment. D'ailleurs la mauvaise foi de l'acheteur suffit pour le réduire à la prescription trentenaire : la femme pourrait donc revendiquer avant trente ans en prouvant seulement que l'acheteur avait, lors du contrat, connaissance de la dotalité qui frappait le meuble.

3° La femme emprunte avec l'autorisation de son mari : si la dot mobilière est aliénable, les créanciers pourront la saisir ; si elle est inaliénable, les créanciers

ne pourront la saisir pendant le mariage ; et d'après une jurisprudence très rigoureuse, mais conforme peut-être à l'esprit du régime dotal, elle ne deviendra même pas leur gage après la dissolution, lorsque les meubles seront entre les mains des héritiers de la femme (1).

4° La femme autorisée pourra, si la dot est aliénable, renoncer pendant le mariage aux reprises qu'elle aurait à exercer contre son mari à raison de ses conventions matrimoniales : elle ne le pourra, si la dot mobilière est inaliénable.

5° La femme peut-elle renoncer à l'hypothèque que la loi lui accorde sur les biens de son mari ? C'est là avec le 4° le point capital du débat. Quant aux autres questions, les deux systèmes se rapprochent souvent, si même ils ne se confondent parfois. En se montrant très facile dans l'application de l'article 2279, en étendant les pouvoirs d'administration du mari au point d'en faire un véritable propriétaire, la cour de cassation a porté de profondes atteintes au principe de l'inaliénabilité et les auteurs la suivent à pas inégaux dans cette voie. Mais elle proclame invariablement l'inaliénabilité, lorsqu'on demande la validité d'une renonciation de la femme à l'hypothèque légale. Et pourtant comme l'hypothèque est toujours un droit mobilier, si la dot mobilière est aliénable, la femme doit pouvoir y renoncer (2).

1) C'est au moins ce que la jurisprudence admet pour la dot immobilière comme conséquence du principe de l'inaliénabilité. Je ne vois aucune raison pour rejeter cette conséquence, en ce qui concerne les meubles, si l'on veut maintenir le principe.

(2) C'est ainsi que l'on pose généralement la question. Nous

§ 4. — *La dot mobilière est aliénable.*

Examinons donc cette question : La dot mobilière est-elle aliénable ? — L'article 1598 déclare que tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois spéciales n'en ont pas prohibé l'aliénation. (*Cfer.* art. 1594). Aussi est-on généralement d'accord pour décider qu'un particulier ne peut, de son autorité privée et en dehors des cas spéciaux prévus par la loi, imprimer à un bien le caractère d'inaliénabilité. Il y a là une convention anti-économique, contraire à l'intérêt public que les articles 1131, 1133 frappent d'une nullité radicale. Pour répondre à notre question, nous devons donc rechercher si quelque texte de loi a permis l'inaliénabilité de la dot mobilière.

La réponse ne saurait être douteuse. Non-seulement en effet le Code Napoléon est muet en ce qui concerne l'inaliénabilité des meubles, mais les termes: immeubles, fonds dotal que, seuls il emploie, semblent bien démontrer qu'il entend ainsi exclure les meubles.

L'art. 1554, qui pose le principe même, s'exprime ainsi : « *Les immeubles* constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothèqués. » Tous les articles qui apportent des restrictions à ce principe, sauf les articles 1555 et 1556, sur lesquels nous aurons à revenir bientôt, ne parlent expressément que d'immeubles ou du fonds dotal. (Voir les art. 1557, 1558, 1559, 1560).

aurons pourtant à nous demander, si même en admettant l'inaliénabilité de la dot mobilière, la femme n'aurait pas encore le droit de renoncer à son hypothèque légale.

Lorsque le législateur édicte l'imprescriptibilité comme conséquence naturelle de l'inaliénabilité, ce n'est que des immeubles dotaux qu'il parlera.

Certes, s'il est permis d'employer un argument à *contrario*, c'est bien lorsqu'il s'agit de restreindre une prohibition qui déroge à un principe certain d'ordre public. Cette expression restrictive est d'autant plus remarquable que dans les articles 1549, 1550, 1562, 1563, qui précèdent et suivent immédiatement, le législateur emploie les mots plus larges de dot et de biens dotaux. Cette expression, exacte lorsqu'il s'agit de déterminer les droits et les obligations des époux, cessait de répondre à ses intentions, lorsqu'il parlait de l'inaliénabilité. La rubrique de la section nous montre cette opposition sous une forme encore plus saisissante : *Des droits du mari sur les biens dotaux et de l'inaliénabilité du fonds dotal*. Comment expliquer ce changement de substantif, sinon par ce motif que l'inaliénabilité s'applique non aux biens dotaux, mais seulement au fonds dotal.

L'article 1535 nous fournit un dernier argument. Pour distinguer le régime exclusif de la communauté du régime dotal, on ne parle que des immeubles : « les immeubles constitués en dot dans le cas du présent paragraphe, ne sont point inaliénables. » Est-ce à dire que la femme et le mari ne pourront point disposer du mobilier ? Evidemment non. Si le législateur ne songe point à s'expliquer sur ce point, c'est que sous aucun régime les meubles ne sont frappés de cette exorbitante prohibition.

§ 5. — *Réfutation du système contraire.*

Ces textes me paraissent résoudre la question. Les

partisans de l'inaliénabilité ont pourtant essayé d'en ébranler l'autorité en invoquant un grand nombre d'articles que nous allons successivement examiner.

1° Les articles 1555 et 1556, qui apportent une exception au principe de l'inaliénabilité, parlent des biens dotaux, expression qui comprend évidemment la dot mobilière. On est donc forcé d'admettre que le principe de l'inaliénabilité s'applique à tous les biens dotaux, à moins que l'on ne veuille soutenir que l'exception est plus large que la règle elle-même.—Ce procédé de raisonnement, qui s'empare d'une expression inexacte renfermée dans l'exception pour arriver à changer une règle générale très-claire et très-précise en elle-même, ne me paraît pas devoir être suivi. Il est incontestable que l'exception ne peut être plus large que la règle elle-même ; donc, dans les articles 1555 et 1556, le législateur n'a pu parler que des biens qu'il vient de déclarer inaliénables dans l'article 1554, c'est-à-dire les immeubles dotaux.

M. Mourlon a très-bien fait ressortir la singularité du procédé que les partisans du système contraire prêtent au législateur. Le législateur veut établir ce principe : « les meubles comme les immeubles dotaux sont inaliénables. » Comment introduit-il cette règle générale? Par cette formule restrictive : *les immeubles dotaux sont inaliénables ;* puis il va cacher, enfouir dans un article qui se présente sous l'apparence d'une exception à la première régle, un second principe, celui de l'inaliénabilité des meubles dotaux. Une telle loi ne serait pas seulement absurbe, elle serait inique, car elle tendrait un piége à la bonne foi des tiers qui, moins savants que la Cour de Cassation, ne sauraient pas deviner les mystères

de la loi (Mourl., *Répét. éc.*, III, p. 64).—Ce système devrait d'ailleurs conduire ses partisans à des conséquences qu'il leur est impossible d'admettre.

S'il est vrai que dans l'article 1554 l'expression immeubles comprend les meubles dotaux, ces derniers ne pourront être aliénés que tout autant qu'une disposition formelle permettra, en ce qui les concerne, de déroger à cette règle.

Or tous les articles dérogatifs, sauf les art. 1555 et 1556, ne comprennent que les immeubles, nous l'avons déjà vu. Il suit de là qu'aucun meuble ne pourra être aliéné, même pour tirer le mari de prison, même pour fournir des aliments à la famille. L'on ne pourrait même stipuler l'aliénation dans le contrat de mariage, puisque l'exception de l'art. 1557 est spéciale à l'immeuble tal ; les tribunaux eux-mêmes seraient impuissants à valider de pareils actes. C'est en effet ce que le tribunal de la Seine, avec l'impitoyable logique de l'erreur, a décidé le 28 août 1849. M. P. Pont (*Revue crit.*, III, p. 681), qui ne conteste pas l'exactitude de notre raisonnement, croit en éluder l'application en se retranchant derrière, la maxime : en fait de meubles, possession vaut titre. L'art. 1558 s'appliquant à des actes à titre onéreux, il était inutile d'étendre aux meubles les exceptions qu'il contient, puisque la maxime met suffisamment à l'abri les tiers acquéreurs. Il en est autrement dans le cas des articles 1555 et 1556 ; le droit moins favorable du donataire aurait en effet été rescindé.

Bien des objections se présentent à l'esprit.

Je ne sache point que la distinction entre les acquéreurs à titre gratuit et onéreux, admise par la doctrine et la jurisprudence pour l'exercice de l'action Paulienne,

ait jamais été appliquée à la prescription instantanée édictée par l'art. 2279. Il est douteux que l'inaliénabilité de la dot mobilière ne dût entraîner son imprescriptibilité (1). En supposant même applicable l'art. 2279, encore faudrait-il que la dot ne consistât pas en droits incorporels qui, de l'aveu de tous, ne tombent pas sous le coup de cet article, et que le tiers réunît les conditions requises pour prescrire, c'est-à-dire qu'il ignorât la dotalité du meuble.

Dans tous ces cas, en effet, l'explication de M. P. Pont tombe d'elle-même.

On ne peut donc sortir de ce dilemme : ou bien admettre que la dot mobilière ne peut être aliénée que dans les conditions prévues par les art. 1555, 1556, ce qui conduit aux conséquences signalées plus haut; ou bien déclarer que l'art. 1554 ne s'appliquant qu'aux immeubles, laisse dans le commerce les meubles dotaux.

2° On argumente aussi dans le sens de l'inaliénabilité, de l'expression *fonds dotal*, qui nous avait fourni un de nos arguments les plus décisifs. Le mot fonds signifie, dit-on, aujourd'hui, un ensemble de valeurs destinées à un usage commun. « En ce sens, le fonds dotal *pourrait* signifier la réunion de tout ce qui, meubles ou immeubles, est destiné à pourvoir aux charges du mariage. » (M. Pont, p. 678 ; *sic*, MM. Bellot des Minières, Dalloz, n° 3430). — M. Pont a raison de ne présenter cette explication que sous une forme dubitative. Quelles que puissent être les diverses acceptions du mot fonds, il est certain que l'expression *le fonds dotal* a toujours été re-

(1) C'est ce qui est enseigné dans le contrat de mariage dont M. Pont est l'un des auteurs (t. II, n° 606).

gardée comme l'exacte traduction de *fundus dotalis*, et personne n'avait encore songé à remplacer la définition qu'en donne Justinien : *In fundo inæstimato qui et propriè dotalis nuncupatur*.

3° L'art. 1541 déclare que tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné dans le contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire. Pourquoi, dit-on, insister sur ce caractère de dotalité, si ce n'est parce que l'inaliénabilité en découle comme caractère essentiel ?—Cet argument est invoqué dans tous les arrêts et dans tous les auteurs. La réponse pourtant nous semble bien simple. Puisque la paraphernalité est la règle et la dotalité l'exception (art. 1574), il fallait nécessairement indiquer dans quel cas un bien serait dotal. Cela était d'autant plus utile, que, dans notre ancien Droit, les biens donnés à la femme dans le contrat de mariage, n'étaient pas regardés comme dotaux, à moins de stipulation expresse (Cfer Tessier, *de la Dot*, note 39). L'art. 1541 innove sur ce point. Mais de là à conclure que l'inaliénabilité est de l'essence du régime dotal, il y a loin. On oublie qu'à Rome le régime dotal a subsisté longtemps avant le principe de l'inaliénabilité ; on oublie surtout qu'aujourd'hui les époux peuvent, dans le contrat de mariage, déroger au principe de l'inaliénabilité (art. 1557), sans que le régime cesse d'être dotal.

4° L'article 1564, en prescrivant la restitution sans délai après la dissolution du mariage, *de la dot mobilière*, suppose bien que le mari ne pouvait en disposer.—Nous sommes d'accord avec M. Pont. Mais ce résultat ne peut-il s'expliquer par cette considération que le mari, simple administrateur de la dot, ne peut évidemment aliéner des biens dont sa femme conserve la propriété ?

5° La défense de constituer ou augmenter la dot pendant le mariage, qui s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles (art. 1543), a uniquement pour but d'empêcher qu'on augmente la masse des biens inaliénables.—Mais cet article n'est-il pas suffisamment expliqué par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales? (art. 1395).

6° Des art. 1004 et 836, 6° C. pr. combinés, il résulte que la femme mariée sous le régime dotal ne peut compromettre relativement à sa *dot;* or l'art. 1003 C. pr. donne à toute personne la faculté de compromettre sur les droits dont on a la libre disposition. De ces articles on est donc forcé de conclure que l'aliénation de la dot, sans distinction entre les meubles et immeubles, est interdite à la femme.

Cette conclusion ne nous paraît pas nécessaire. On comprend que, tout en permettant à la femme de disposer de ses meubles dotaux, le législateur ait voulu la protéger contre elle-même, et lui interdire un mode d'aliénation d'autant plus dangereux pour son inexpérience, qu'il est plus difficile d'en apercevoir dès le principe toutes les conséquences.

N'est-ce pas pour la même raison qu'on décide généralement que la faculté d'aliéner, stipulée dans le contrat de mariage, n'entraîne pas la faculté de compromettre?

7° On invoque aussi l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque.... » Il existe donc des cas où la femme ne peut renoncer à son hypothèque; or, comme l'hypothèque est toujours un droit mobilier, on doit nécessairement en conclure que la dot mobilière est inaliénable.

Nous verrons plus loin, en traitant la question de savoir si la femme peut renoncer à son hypothèque légale, que les législateurs de 1855 n'ont nullement voulu innover en notre matière. Ce texte doit donc être écarté du débat.

8° L'art. 7 du Code de commerce paraît fournir un argument beaucoup plus spécieux aux partisans de l'inaliénabilité. Après avoir permis à la femme marchande publique d'aliéner et hypothéquer ses *immeubles*, les rédacteurs du Code déclarent qu'ils n'entendent point déroger à l'inaliénabilité dotale et laissent en dehors du commerce, non pas les immeubles, mais les *biens* dotaux : expression d'autant plus remarquable que l'article venait d'employer le mot immeuble.

Cet argument serait peut-être décisif si l'article se trouvait au titre du régime dotal. Mais comment faire prévaloir sur les dispositions du Code Nap. un article placé au Code de commerce, et qui ne se rapporte qu'incidemment au principe de l'inaliénabilité? En le rédigeant, l'attention du législateur se concentrait uniquement sur le point de savoir si l'on maintiendrait la prohibition tutélaire des art. 1554 et suivants, ou si on la ferait fléchir devant les nécessités commerciales. Mais évidemment personne ne pouvait se préoccuper de l'étendue à donner au principe de l'inaliénabilité. Cette question avait été tranchée par le Code civil, auquel on se contente de renvoyer. Si donc, ainsi que nous l'espérons, nous avons démontré que rien dans tout le titre du régime dotal n'autorise l'inaliénabilité des meubles, et que tout au contraire les expressions restrictives employées révèlent l'intention formelle du législateur de les maintenir dans le commerce, notre système ne peut

être ébranlé par un article qui se réfère lui-même aux textes qui ont servi de base à notre argumentation.

Les textes invoqués par les partisans de l'inaliénabilité sont, on le voit, beaucoup plus nombreux que décisifs. Aussi M. Tessier, un des plus intrépides défenseurs des principes rigoureux de la dotalité, reconnaît-il que la lettre de la loi semble condamner son opinion. Mais, ajoute-t-il, il ne faut pas être esclave de la lettre, et on ne laisse pas de contrevenir à la loi, pour en suivre la lettre, si l'on agit contre son esprit. (de la dot, note 499 *in medio*).

Fort de cet aveu, nous pourrions répondre que le texte seul et non les motifs de la loi ont été votés ; mais nous allons suivre nos adversaires dans les considérations qu'à défaut de texte ils invoquent contre nous. Loin d'être ébranlé, notre système n'en deviendra que plus irrésistible.

On se fonde surtout sur les discussions qui ont précédé au Conseil d'Etat le vote de la section II, sur l'autorité de l'ancien droit, et sur l'impossibilité rationnelle de séparer à ce point de vue la dot mobilière de la dot immobilière.

a) Dans le premier projet du Code, qu'avait élaboré la commission du Conseil d'Etat, le régime dotal était maintenu, mais tous les biens devaient être laissés dans le commerce. M. Berlier expliquait que le principe de l'inaliénabilité n'était pas moins préjudiciable aux intérêts de la famille elle-même qu'à la prospérité publique. Comment l'art. 138 du projet consacrait-il ce système? Les expressions employées méritent de fixer toute notre attention. Art. 138 : « *Les immeubles constitués en dot,* même dans le cas du présent paragraphe,

ne sont point inaliénables, toute convention contraire est nulle... » Ainsi les auteurs du projet n'avaient même pas songé a proscrire l'inaliénabilité des meubles ; c'était pour eux un point inutile et sur lequel aucune controverse ne pouvait s'élever. — Le régime dotal avec son cortége de défiance et de rigueurs excessives, trouva d'énergiques défenseurs au Conseil d'Etat. La discussion fut des plus vives. Les représentants du Midi finirent par l'emporter et une résolution fut votée en ces termes : « Le Conseil adopte le principe de l'inaliénabilité de la dot. » (Locré T. 13, p. 206 et sq. Fenet T. 13, p. 573 et sq.) On s'empare de cette rédaction trop générale et des expressions biens dotaux, dot, qui trop souvent sont revenues dans le cours de la discussion, le 6 vendimiaire an XII. Ce sont là autant d'expressions inexactes échappées à des législateurs qui malheureusement ne paraissent pas s'être trop préoccupés de l'exactitude de la rédaction. C'est ce que démontrent de nombreux articles : c'est ce qui nous permettrait de repoussser l'argument tiré des art. 1555 et 1556, Cod. Nap. et de l'art. 7, Co. Mais il est certain que, dans l'intention des orateurs ces expressions ne s'appliquaient qu'à la dot immobilière. — Lorsque M. Portalis eut fait remarquer que si *la dot* est déclarée aliénable, le système des pays de droit écrit est entièrement sacrifié, que répond M. Berlier? « A la vérité l'article apporte une grande dérogation à la *loi Julia*, car, par l'effet de cette loi, *le fonds dotal* était inaliénable, et l'article proposé ne veut pas même qu'une disposition spéciale puisse le rendre tel. On a considéré que la dot d'une femme lui était constituée ou par elle-même ou par autrui... . »

La citation de la *loi Julia* montre bien que M. Berlier ne supposait même pas qu'on demandât l'aliénation des meubles. Et lui-même se sert indifféremment des expressions fonds, fonds dotal, dot d'une femme, sans que personne puisse certainement soutenir que M. Berlier, un des plus zélés partisans de la circulation des biens, n'admettait aucune différence, à ce point de vue, entre les meubles et les immeubles.

On a aussi invoqué contre nous un passage du rapport présenté par M. Duveyrier au Tribunat le 19 pluviose an XII. « La propriété *de la dot* reste à la femme ; mais les actions demeurent suspendues parce que *la dot est inaliénable.* » Mais que l'on continue, et la suite immédiate du rapport va nous démontrer que M. Duveyrier ne veut parler que de l'inaliénabilité des immeubles. « Cette inaliénabilité forme le caractère distinctif du régime dotal ; c'est par elle qu'il développe ses plus grands avantages. C'est à l'impossibilité absolue d'*aliéner le fonds dotal*, que la pratique du régime qui établit cette impossibilité attache la conservation des biens, l'assurance des hérédités directes, la propriété des familles et le lustre social. Ces avantages ne peuvent être contestés. Aussi les pays de droit écrit avaient-ils généralement admis cette règle dans le dernier état, et sur ce point le plus sévère *de la législation romaine.* Partout le mari était privé de la faculté d'aliéner, d'engager, *d'hypothéquer le bien dotal.* » Non-seulement cette citation ne peut être invoquée contre nous, mais elle nous est d'un précieux secours pour démontrer que malgré l'inexactitude de leurs expressions, les orateurs n'avaient en vue que l'immeuble dotal. Pouvait-il en être autrement ? Est-ce que toutes les expres-

sions employées dans le cours d'une discussion ne doivent pas être entendues *secundum subjectam materiam*?

Or le projet soumettait à l'examen du Conseil d'Etat la question de savoir si les immeubles dotaux seraient inaliénables. La libre disposition des meubles était considérée comme hors de doute. Pour soutenir que non-seulement on a résolu la question dans un sens opposé au projet de la commission, mais qu'encore on a étendu le principe aux meubles, il faudrait au moins prouver que cette observation a été faite dans le cours du débat.

Or, les mots meubles, mobilier, n'*ont pas été une seule fois prononcés*. Aucun des défenseurs de la communauté ne s'est levé pour écarter au moins de la dot mobilière l'application d'un principe qu'ils considéraient comme *funeste*, parce qu'aucun partisan du régime dotal n'avait demandé que l'inaliénabilité fût étendue aux meubles. Peut-on supposer que MM. Berlier et Treillard auraient gardé le silence s'ils avaient soupçonné que la résolution, votée par le conseil, embrassait dans la généralité de ses termes la dot mobilière elle-même? Evidemment non; et les arguments historiques et législatifs ne leur auraient pas fait défaut pour démontrer la différence profonde qui, à ce point de vue, sépare les meubles des immeubles. Mais ils étaient si éloignés de prévoir le parti qu'on tirerait un jour de ces discussions, que lorsque, en désespoir de cause, M. Berlier demanda que l'on permît au moins aux époux de renoncer, dans le contrat de mariage, *au bénéfice* de l'inaliénabilité; son amendement qui est devenu l'art. 1557 ne s'appliquait qu'aux immeubles. « L'immeuble dotal peut être aliéné, lorsque l'aliéna-

tion en a été permise par le contrat de mariage. (Art. 1557).

b) Les textes du Code , répète-t-on souvent, doivent être éclairés par l'ancienne jurisprudence. Les rédacteurs du Code n'ont point entendu tracer un système complet de dotalité dans les quarante articles qui composent le titre du régime dotal. Le meilleur commentaire du Code , c'est donc l'ancien Droit , qui déclarait unanimement la dot mobilière inaliénable.

Je ne suis pas entièrement convaincu de l'exactitude de ce raisonnement. Il me semble difficile que le conseil d'Etat ait voulu laisser une aussi vaste lacune dans le travail de codification qu'il avait entrepris , et qu'il ait forcé , en ce qui concerne la dot , à recourir à ces anciennes coutumes dont il désirait effacer jusqu'au nom. (Cfer. art. 1390). Rien, dans les travaux préparatoires, n'indique d'une manière précise une pareille intention. (Cfer, Zach., Aubry et Rau, § 537 *bis*, note 5). M. Duvergier , dont on invoque le témoignage , après avoir déclaré qu'on avait généralement suivi l'ancienne jurisprudence , ajoutait aussitôt que lorsqu'on s'en était écarté , c'était pour revenir aux principes mieux compris du Droit Romain. Or , le système que nous développerons bientôt est , quant aux résultats , en tout point conforme aux derniers changements introduits par Justinien.

D'ailleurs nous avons vu que , au milieu de ce conflit d'opinions divergentes , émises dans l'ancien Droit , les partisans de l'aliénabilité étaient loin d'être en minorité. Mais peut-on supposer qu'en présence de cette divergence même, les rédacteurs du Code aient négligé de trancher eux-mêmes la question ? Quel est

donc le système auquel ils auraient voulu renvoyer? Est-ce celui du parlement de Bordeaux ou celui de Toulouse? Est-ce celui de Normandie ou du Lyonnais? Pourquoi n'adopterions-nous pas l'avis de Henrys, dans son livre 4, qtion. 8 ; de Rousseau de La Combe, de Louet, de Catellan, de Serres, de Roussilhe, etc., qui tous proclamaient l'aliénabilité des meubles dotaux? Devrions-nous préférer le système exposé par Boucheul et qui offre beaucoup d'analogie avec la jurisprudence de la Cour de Cassation? Evidemment prétendre éclairer l'art. 1554, par l'autorité de la tradition, c'est en réalité obscurcir à jamais un texte que la seule lecture suffit à faire comprendre.

c) La nécessité de protéger également la dot, quelle que soit la nature des biens dont elle se compose, à une époque surtout où, par suite de l'augmentation énorme de la richesse mobilière, la dot des femmes consistera presque toujours en meubles, permet-elle d'approuver notre interprétation de l'art. 1554? Notre système dotal, nécessairement incomplet, atteindra-t-il la conservation des biens en vue de laquelle il a été établi?—Au point où nous en sommes arrivés, ces considérations législatives ne peuvent plus modifier notre opinion. Si le texte de la loi, les discussions qui en ont précédé le vote, l'autorité de l'ancien Droit, tout démontre la volonté formelle du législateur, qu'importe aux yeux du jurisconsulte et du magistrat la valeur réelle des motifs qui ont influé sur sa détermination? Eût-il une fois de plus obéi à ce préjugé, que la propriété des meubles est moins précieuse que celle des immeubles, sa volonté n'en devrait pas moins être respectée.

Mais nous croyons qu'il faut, au contraire, louer la

sagesse du législateur, qui, en accordant aux réclamations des provinces de droit écrit, le maintien du régime dotal, a au moins sauvegardé le principe de la libre disposition des meubles.

On peut admettre l'inaliénabilité du fonds dotal. Sans doute, la famille pourra sentir les atteintes de la gêne et du besoin, tandis que la valeur du fonds, fécondée par l'industrie du mari, suffirait peut-être à lui procurer l'aisance. Mais, en général, il y a avantage, pour la bonne exploitation du sol, à ne pas changer trop souvent de maître. En est-il de même des valeurs mobilières ? « *Au sol, la permanence ; aux capitaux, la mobilité. Telle est la condition qui ressort de leur nature propre* » (1). Il faut que les époux puissent, à leur gré, changer en une valeur productive des objets de luxe impuissants à fournir aux besoins du ménage. Il faut qu'ils puissent échanger librement les valeurs industrielles, suivant les oscillations du marché financier. Et cela, non pas seulement dans un but de conservation, mais surtout dans un but d'intelligente spéculation, pour améliorer la situation de la famille.

Le principe de la stabilité du patrimoine auquel on sacrifie dans le régime dotal, et la prospérité publique, et l'intérêt des tiers, trop peu en garde contre les difficultés légales que soulève ce régime, me paraît contraire à la fin même du mariage. A une époque où la richesse générale augmente dans une proportion toujours croissante et suscite sans cesse de nouveaux besoins, ne pas acquérir, c'est en réalité s'appauvrir. Combien cette vérité devient évidente lorsque le patrimoine que

(1) M. Sacaze, préface de la nouvelle édition de Roussilhe.

l'on veut immobiliser aux mains des époux est destiné à pourvoir à la subsistance des nouveaux êtres qui naîtront de leur union. Mais pour tenter la fortune, il faut nécessairement courir quelques risques. Le vieux dicton : *qui ne hasarde rien n'a rien,* que rappellent MM. Rodière et Pont, pour expliquer les pouvoirs étendus de la femme commune, séparée de biens, est aussi vrai dans le Midi que dans le Nord de la France. Quoi de plus juste que de laisser la femme courir elle aussi les chances d'une opération dont elle recueillera, au moins indirectement, le bénéfice? Pourquoi ne pas lui permettre de renoncer à son hypothèque légale, et de rétablir ainsi le crédit du chef, sur qui repose tout l'espoir de la famille?

On ne peut admettre comme une présomption *juris et de jure* que le mari va s'empresser de dissiper dans de vaines prodigalités, les biens que la loi met à sa disposition; tandis que la femme dotale ne saura pas puiser dans l'amour de ses enfants le courage de refuser son consentement à des actes coupables ?

Si la femme se défie trop de ses propres forces sans oser pourtant se confier en la sagesse du mari qu'elle vient de choisir, la loi, même dans notre système, lui permet d'enchaîner à l'avance sa volonté. Qui l'empêche de stipuler une clause d'emploi?

CHAPITRE II.

Conséquences de l'aliénabilité de la dot mobilière.

Après avoir reconnu que ni le texte ni l'esprit de

l'article 1554, qui met hors de commerce pendant toute la durée du mariage les immeubles dotaux, ne nous permettent d'étendre cette prohibition à la dot mobilière, nous devons nous demander : 1° qui du mari ou de la femme peut l'aliéner ; 2° quels sont les créanciers qui peuvent la saisir.

§ 1. — *Par qui les meubles dotaux peuvent-ils être aliénés ?*

Les pouvoirs de chacun des époux variant suivant qu'on les envisage avant ou après la séparation de biens, nous devons nous adresser d'abord cette question avant que la séparation soit intervenue.

a) Le mari perçoit alors seul tous les revenus dotaux ; il a seul le droit de les administrer : devons-nous lui reconnaître comme une conséquence le droit d'en disposer ?

La jurisprudence et une partie de la doctrine le soutiennent. Mais il nous est impossible de nous ranger à cet avis. Si dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence on reconnaissait au mari le droit de disposer seul des meubles dotaux, c'est uniquement, ne l'oublions pas, parce qu'il était alors considéré comme seul propriétaire de la dot mobilière. Le Code Napoléon ayant admis un principe contraire, la conséquence doit nécessairement changer. Le mandat d'administrer ne peut s'entendre du droit d'aliéner ; il y a tout un abîme entre ces deux choses. Quand une personne reçoit expressément ou tacitement mandat d'administrer un bien, elle se charge du soin de veiller à la conservation de cet objet pour le rendre en bon état. Ne serait-ce pas

tromper la volonté du mandant que de l'aliéner et lui en remettre seulement la valeur? Aussi l'art. 1988 sanctionne-t-il cette distinction fondée sur l'intention certaine des parties, en déclarant que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. Or l'art. 1549 *n'accorde aucun droit semblable au mari.*

La femme devra donc intervenir pour abdiquer son droit de propriété. Mais deux raisons s'opposent à ce qu'elle agisse seule. Elle ne peut, en effet, par ses actes, porter atteinte au droit de jouissance qui appartient au mari sur les biens dotaux; elle ne pourrait même aliéner la nue propriété, sans être autorisée par son mari, ou, à son refus, par la justice (art. 217, 218).

Pour disposer de ses meubles dotaux, la femme devra donc demander l'autorisation du mari: si celui-ci consent à l'accorder, il renonce par cela même à son droit d'usufruit, et l'acquéreur obtiendra la pleine propriété du meuble. Si le mari refuse l'autorisation, la femme pourra s'adresser à la justice; mais dans le cas où sa demande serait favorablement accueillie, elle devra toujours recpecter le droit dn mari. La nue propriété seule pourra être aliénée (arg. de l'art. 1555).

b). La séparation rendant à la femme l'administration et la jouissance des biens dotaux, elle ne sera plus gênée daus l'aliénation, par l'obligation de respecter les droits du mari. Elle n'aura même plus besoin de demander l'autorisation. L'art. 1449, qui détermine les droits de la femme séparée de biens, lui permet de disposer du mobilier. Il est certain qu'elle pourra seule

l'aliéner à titre onéreux ; mais pourrait-elle le donner entre-vifs ? Pour l'affirmative on soutient que même en ce point l'art. 1449 déroge à l'art. 217 par la généralité de ces termes : « La femme peut disposer de son mobilier. » On répond que *stricto sensu* le mot aliéner ne comprend pas le mot donner (Cfer. l'art. 217 qui emploie ces deux expressions à la fois). On peut donc dire que l'art. 1449 ne déroge pas expressément à la règle générale posée dans l'art. 217 et confirmée par l'art. 901. Les raisons de convenance qui ne permettent pas à la femme de donner ou recevoir à titre gratuit sans l'autorisation du mari, subsistent d'ailleurs dans toute leur force, après la séparation de biens ; tandis que les motifs qui ont décidé le législateur à dispenser la femme d'autorisation, lorsqu'il s'agit d'actes à titre onéreux, font complètement défaut au cas de donation.

La femme pourra donc, avec l'autorisation de son mari, renoncer à toutes ses reprises dotales, puisqu'elles seront toujours mobilières ; il y a là une donation entre époux.

Peut-elle renoncer à son hypothèque légale?

Elle le pourra si l'hypothèque est un droit mobilier.

M. Troplong (contrat de mariage n° 3265) a soutenu que l'hypothèque, *jus in re* sur un immeuble, est nécessairement un droit immobilier.

Au point de vue du constituant cette doctrine est incontestable ; et c'est avec raison que l'art. 2124 exige la capacité d'aliéner pour hypothèquer valablement. Mais lorsque on envisage le droit du créancier, la na-

ture de l'hypothèque dépend nécessairement de la nature de la créance dont elle n'est que l'accessoire.

Bien que constituée sur un immeuble, elle ne peut avoir qu'un seul effet, assurer le paiement de la créance par un droit de préférence sur le prix. Il est si difficile de concevoir l'existence de l'hypothèque indépendamment de la créance pour laquelle elle a été établie, avec laquelle elle s'éteindra, qu'avant la loi de 1855, M. Zachariæ décidait que la femme ne pouvait céder son hypothèque sans la créance elle-même. Comment comprendre que ces deux droits aient une nature différente? N'est-ce pas le cas d'appliquer la maxime : *accessorium principali cedit*. De même qu'un objet mobilier, dès qu'il a été fixé au sol à perpétuelle demeure, perd sa nature juridique pour revêtir celle de l'immeuble dont il est désormais inséparable, de même n'est-il pas plus vrai de dire que l'hypothèque doit revêtir la nature mobilière de la créance dont elle fait en quelque sorte partie.

Comment admettre que la femme, libre de renoncer à ses reprises dotales et par suite d'anéantir son hypothèque, ne puisse venir en aide au crédit de son mari, par une simple cession de la priorité de son rang hypothècaire? La protection exagérée dont on prétend la couvrir, se retournerait contre elle; car le créancier ne manquerait jamais d'exiger que la femme s'obligeât personnellement et renonçât en sa faveur à ses droits contre son mari (1).

L'hypothèque prendra donc la nature de la créance

(1) La femme évidemment ne peut alors conserver l'hypothèque, puisque elle a perdu la créance qu'elle garantissait ; que déciderait en ce cas M. Troplong ?

qu'elle garantit ; et comme, dans notre droit actuel, les créances, quelle que puisse être leur origine, sont toujours mobilières, l'hypothèque rentrera toujours dans la classe des droits mobiliers laissés à la libre disposition de la femme.

Notre doctrine n'est-elle pas en contradiction avec la loi du 23 mars 1855 ? L'art. 9 de cette loi, ainsi conçu : « *Dans le cas où* les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession, ou cette renonciation doit être faite par acte authentique... » semble bien indiquer qu'il y a des circonstances où cette cession sera interdite à la femme.

Cette induction méconnaîtrait la volonté du législateur nettement exprimée dans le rapport de la commission au Corps Législatif. L'art. 9 avait uniquement pour but de régler les formes de la cession. Les législateurs n'ont pas voulu trancher à propos d'une question incidente, les controverses qu'avait soulevées la nature des droits de la femme. Le projet primitif du gouvernement disait simplement : « Les femmes ne pourront céder leurs droits à l'hypothèque ou y renoncer, que par acte authentique» La commission craignit que par le vote de la loi, dans ces termes absolus, on ne parût adopter un système, de préférence à l'autre ; elle proposa alors la rédaction, qui a été plus tard consacrée par le Corps Législatif, dans le seul but d'éviter cet inconvénient. Malheureusement, cette rédaction est loin de répondre aux intentions des législateurs qui l'ont votée. Mais la pensée de la loi ne saurait être douteuse, et le rapport de M. de Belleyme, au nom de la commission, est des plus précis : « Le changement de rédaction a eu pour objet de

bien établir que la loi n'avait pas pour but de *modifier en quoi que ce fût*, la législation relative aux droits de la femme mariée, en matière de cession ou de renonciation à une hypothèque légale. »

La loi de 1855 ne peut donc être utilement invoquée pour la solution de la question.

Telle est la doctrine professée à leurs cours par MM. Oudot, Valette et Humbert. C'est parce que la dot mobilière est aliénable, et que l'hypothèque est un droit mobilier, que la femme peut la céder.

Mais il me semble qu'en admettant que l'hypothèque fût un droit immobilier, ou même en admettant un instant l'inaliénabilité de la dot mobilière, on pourrait encore soutenir qu'aucun texte de loi n'empêche la femme de renoncer à son hypothèque.

Dans l'art. 1554 et dans toute la section II de notre chapitre, le mot dotal a une signification toute différente de celle qu'il faut lui reconnaître dans cette expression : hypothèque dotale. Tandis que les immeubles dotaux sont les immeubles apportés en dot (art. 1554), l'hypothèque garantit précisément la restitution de ces immeubles; elle peut donc être dotale seulement, en ce sens qu'elle se rapporte à la dot. Il est donc évident que le texte de l'art. 1554 ne peut lui être appliqué ; et je n'en connais aucun autre que l'on pût invoquer, puisque nous avons écarté l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

On ne peut donc soutenir l'impossibilité de renoncer à l'hypothèque qu'en la faisant découler du principe de l'inaliénabilité de la dot qu'elle garantit. Or, si nous avons démontré l'aliénabilité de la dot mobilière, ceux-là même qui voient dans l'hypothèque un droit immo-

bilier, devraient déclarer valable la renonciation à l'hypothèque qui en garantit la constitution. Mais nous irons plus loin.

A nos yeux, de ce que l'immeuble dotal est inaliénable, il ne suit pas, *nécessairement* (et c'est pourtant ce que l'on devrait prouver), que l'hypothèque doive participer à cette inaliénabilité.

L'inaliénabilité de la dot, et la liberté de renoncer à l'hypothèque qui en garantit la restitution, ne sont nullement inconciliables ; car elles n'ont pas absolument le même but à atteindre. L'inaliénabilité était le seul moyen d'arriver à la conservation des biens que le législateur voulait obtenir à tout prix : elle est d'ailleurs restreinte aux seuls immeubles constitués en dot, et si elle ne favorise pas le crédit du mari, elle ne l'amoindrit pas non plus.

L'hypothèque au contraire n'assure à la femme que le paiement des indemnités qui pourront être dues par suite d'une mauvaise administration et de dégradations imputables à la négligence du mari. Elle frappe en outre tous les immeubles du mari et peut gravement affecter son crédit, si les tiers qui viendraient à son secours, moyennant une garantie hypothécaire n'ont aucun moyen de s'assurer qu'ils ne seront pas primés par la femme. Les inconvénients de l'hypothèque sont, on le voit, plus considérables que ceux de l'aliénabilité ; tandis que les avantages en sont beaucoup moins sensibles. La loi d'ailleurs ne peut-elle présumer que le mari se rendra rarement coupable de mauvaise gestion, et la femme, même après sa renonciation à l'hypothèque, n'aura-t-elle pas toujours la ressource de la séparation de biens ?

Pour nous, en l'absence d'un texte contraire, nous serions d'autant plus porté à prêter cette intention au législateur, qu'elle serait conforme à une tradition constante.

Dans le Droit Romain de Justinien, la femme avait deux hypothèques légales : l'une sur les immeubles dotaux, l'autre sur les meubles dotaux et sur les biens du mari. Il lui était interdit de renoncer à la première, tandis qu'elle pouvait le faire pour la seconde (loi 1, § 15, C. de *rei ux*, *act.* V. 20). Ce système ne diffère que par les mots, de la solution que je propose.

Il en était de même dans notre ancien droit écrit. L'interdiction de renoncer à l'hypothèque légale, loin d'être une conséquence du principe de l'inaliénabilité, tenait uniquement au Sénatus-Consulte Velleien, dont la femme était libre d'abdiquer le bénéfice ; et c'est ce qui se produisait dans la plupart des cas.

On sait que lorsque en renonçant à son hypothèque légale, la femme s'est obligée solidairement avec son mari, elle est réputée, à son égard, simple caution, (art. 1431). Elle acquerra donc pour garantie de son recours, une nouvelle hypothèque du jour où l'obligation a été contractée (art. 1535-2°).

§ 2. — *Quels sont les créanciers qui peuvent saisir la dot mobilière.*

Nous devons nous occuper séparément des créanciers du mari et de ceux de la femme.

A. — La dot n'étant point la propriété du mari, ne peut évidemment être le gage de ses créanciers. Ainsi, je ne les admettrais pas à saisir-arrêter, au moins avant

l'échéance, les sommes dotales entre les mains des débiteurs, par ce motif que le mari a le droit de percevoir des sommes qui se confondront immédiatement avec le reste de son patrimoine, et deviendront alors leur gage. Tant que cette confusion n'a pas eu lieu, la créance appartient à la femme ; elle a d'ailleurs intérêt à ce que le mari n'en devienne propriétaire qu'à l'échéance, car elle peut, avant ce moment, demander la séparation de biens et empêcher ainsi que la dot ne devienne la proie de ses créanciers. Je déciderais pourtant que le débiteur peut opposer la compensation au mari. La remise des deniers devant nécessairement rendre ce dernier propriétaire et permettre, par suite, au créancier de les saisir immédiatement, on évite ainsi un circuit d'actions inutile.

Les créanciers du mari ne peuvent-ils au moins saisir les revenus de la dot mobilière? Nous admettrons sans hésiter l'affirmative, sans qu'il y ait à distinguer entre la portion des fruits nécessaires aux besoins du ménage et la portion qui excède ces besoins. Puisque les dispositions tutélaires, qui assurent aux époux, malgré eux, de quoi supporter les charges du mariage, font complètement défaut, qu'il s'agit de la dot mobilière, la femme n'aura d'autres ressources pour rendre la dot à sa destination, que de demander la séparation de biens.

B. — En ce qui concerne la femme, nous devons distinguer si la dot a été constituée par un tiers ou si elle l'a été par la femme elle-même (1).

(1) Il faut évidemment écarter l'hypothèse où le meuble constitué en dot se trouve entre les mains d'un créancier gagiste. Ni le mari ni la femme ne pourront le revendiquer, au mépris du

a) Si la constitution de dot a été faite de bonne foi par le tiers, ses créanciers ne pourront avoir d'action contre la femme et le mari que tout autant qu'elle embrasse l'universalité ou une quote part de l'universalité des biens du constituant ; l'universalité est devenue dotale telle qu'elle se comportait, c'est-à-dire avec les charges qui la grevaient et qui en diminuaient l'actif. Remarquons que les créanciers de la femme viendront en concours avec ceux du constituant. Pour les exclure, il faudrait que ces derniers eussent obtenu la séparation des patrimoines.

Si la constitution de dot est à titre particulier, les créanciers qui auront suivi la foi de leur débiteur, ne peuvent se plaindre que tout autant qu'il a été de mauvaise foi (art. 1167). On appliquera alors les principes de l'action Paulienne. Contre la femme, simple donataire chez qui la mauvaise foi n'est pas une condition essentielle pour l'exercice de cette action, le recours des créanciers sera toujours possible. Quant au mari, sous-acquéreur à titre onéreux, l'action Paulienne ne peut être intentée contre lui que tout autant que l'on prouvera qu'au moment de la constitution de la dot, il était *conscius fraudis*. En ce cas, la pleine propriété des meubles sera le gage des créanciers lésés ; sinon ils ne pourraient attaquer que la nue-propriété, qui seule est restée dans le patrimoine de la femme. Les créanciers de la femme sont alors exclus, l'action Paulienne ayant précisément pour

droit du tiers. Il ne peut, en effet, dépendre d'un débiteur de détruire par son fait les sûretés réelles qu'il a concédées à son créancier. Il s'est ainsi dépouillé d'une partie de son patrimoine et il ne peut plus transmettre le meuble que grevé du droit de gage.

résultat de faire considérer l'aliénation comme non-avenue, au moins en ce qui concerne les créanciers poursuivants.

b) Lorsque la femme s'est constitué elle-même ses biens en dot, le droit de gage des créanciers ne sera nullement diminué si la constitution est à titre universel ; le mari ne reçoit l'ensemble du patrimoine que grevé des dettes qui en diminuent l'actif.

Si la constitution est à titre particulier, que la femme soit de bonne ou de mauvaise foi, les créanciers pourront toujours saisir la nue-propriété. Leur situation, à cet égard, ne peut être changée, puisqu'elle reste toujours dans le patrimoine de leur débitrice. Quant au droit de jouissance du mari, ils ne peuvent l'atteindre que par l'exercice de l'action Paulienne et en prouvant, comme condition préalable, la mauvaise foi de la femme et du mari.

Après la séparation de biens, les créanciers de la femme pourront toujours saisir la pleine propriété des meubles dotaux, puisque la femme en recouvre alors l'administration et la jouissance.

Jusqu'ici nous avons supposé que l'obligation de la femme avait été contractée pendant sa majorité et antérieurement au mariage (1), ou bien avec l'autorisation du mari ou de justice.

Nous savons pourtant que la femme séparée de biens

(1) Il n'est pas nécessaire que la dette ait une date certaine antérieure au mariage. L'article 1328 s'applique uniquement aux tiers, et l'exception de l'art. 1558, 4e alinéa, introduite uniquement pour empêcher les époux d'obtenir frauduleusement l'aliénation de l'immeuble dotal, ne peut être étendue à la dot mobilière dont nous avons démontré l'aliénabilité.

a la libre disposition de son mobilier. Les obligations qu'elle contracte sans autorisation sont-elles alors susceptibles d'exécution sur le mobilier dotal? L'affirmative est incontestable, s'il ne s'agit que d'un acte d'administration; la femme séparée a pleine capacité pour accomplir seule toue les actes d'administration. Mais que décider dans le cas contraire? Bien que la question puisse paraître très-délicate, nous admettons que la capacité d'aliéner les meubles entraîne comme conséquence la capacité de les obliger valablement. Telle était la décision de l'ancien droit, et il ne nous paraît pas que le législateur ait voulu y déroger.

CHAPITRE III.

Examen de la Jurisprudence.

Après avoir pendant longtemps, malgré quelques décisions contraires isolées, proclamé l'inaliénabilité de la dot mobilière, la jurisprudence, dans ces derniers temps surtout, a nettement adopté un système intermédiaire. En voici l'exposé, d'après M. Dalloz lui-même (v. contrat de mariage, nº 3426) :

« Une troisième opinion s'est formée qui tient le milieu entre les deux autres, et d'après laquelle la dot mobilière n'est inaliénable que de la part de la femme. Dans ce système, l'inaliénabilité se réduit à l'incapacité pour la femme d'aliéner la dot ou les garanties de la dot, mais laisse au mari toute liberté de disposition. On se propose ainsi de concilier la protection due à la femme dotale avec le besoin d'assurer la circulation des valeurs mobilières et avec l'impossibilité d'en em-

pêcher le plus souvent la libre disposition. En d'autres termes, le mari est le maître de la dot mobilière ; il en dispose à son gré, sauf le recours de la femme ; et ce recours, il n'est pas permis à la femme de l'abdiquer ni d'en diminuer les sûretés. La femme n'a donc sur la dot mobilière qu'une propriété susceptible de se convertir, par l'effet de l'aliénation, en une créance contre le mari ; et c'est cette créance seule qui est inaliénable. »

Il était certainement impossible de mieux concilier les nécessités du commerce et l'intérêt bien entendu des époux, qui réclament la libre circulation des meubles, avec le désir de conserver à la femme qui n'apporte en dot que de valeurs mobilières, toutes les garanties du régime dotal.

Le mari peut se livrer à des opérations qui profiteront à la famille en cas de succès. En cas de revers, l'hypothèque légale à laquelle la femme n'a pu renoncer, lui permettra de recouvrer l'équivalent de sa dot. Si le législateur devait jamais introduire dans nos Codes le principe de l'inaliénabilité des meubles, ce serait certainement avec le tempérament imaginé par la Cour suprême.

Mais cette doctrine est loin de se justifier aussi aisément, quand on interroge les textes et les principes purs du Droit. Dans les considérants de ses arrêts, la Cour suprême affirme peut-être plus qu'elle ne démontre (1).

(1) Dans tout ce chapitre, pour critiquer la jurisprudence, nous nous plaçons au point de vue même de l'inalienabilité de la dot mobilière.

« Le mari, répète-t-elle, a le droit de recevoir le remboursement des capitaux et par conséquent celui d'en disposer. » Nous avons déjà répondu à cet argument. Mais la Cour de Cassation se réfute elle-même, toutes les fois qu'il ne s'agit plus d'une femme dotale.

Par un arrêt du 2 juillet 1840, elle a jugé que le mari, quoique administrateur de tous les biens de sa femme, ne pourrait, sans son concours, céder une créance qu'elle avait exclue de la communauté : « Attendu que du pouvoir d'administrer les biens personnels de la femme et d'exercer seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme (art. 1428), ne résulte pas le droit du mari de céder seul les créances de la femme : *la loi suppose que recevant les capitaux exigibles, le mari administrateur sage et éclairé en fera un bon exemple* (Cfer C. de Paris, 3 janv. 1852).

Dans un autre arrêt du 1er décembre 1851, la Cour de Cassation justifie ainsi sa distinction :

« Attendu que le principe de l'aliénabilité de la dot, posé par l'art. 1584 du Code, ne s'applique, dans les termes mêmes de cet article, qu'aux seuls immeubles, et que son extension indéfinie aux meubles constitués en dot, ne saurait se concilier avec les dispositions du Code qui confèrent au mari l'administration de la dot mobilière et qui, en certains cas, lui en attribuent la propriété (1). »

(1) Il y a, dans ces derniers mots, une confusion de la part de la Cour suprême. Le mari n'est *jamais* propriétaire de la dot ; dans les cas auxquels l'arrêt fait allusion, il n'y a qu'une créance dotale. Si les meubles dont la propriété passe au mari (art. 1552), étaient réellement dotaux, le mari ou ses héritiers seraient obligés de les

Ce considérant peut être ainsi traduit : « De plusieurs dispositions du Code Napoléon et notamment de l'article 1541, il résulte que la dot mobilière est inaliénable. Or, l'indisponibilité dont l'art. 1554 frappe les immeubles, ne s'étend pas aux meubles ; elle est d'ailleurs contraire aux pouvoirs que l'art. 1549 confère au mari ; il faut donc, dans le silence du Code, chercher un mode d'inaliénabilité particulier aux meubles.» Et l'on arrive ainsi au considérant suivant :

« Attendu dès-lors que les conséquences de la dotalité, en ce qui concerne les valeurs mobilières, se restreignent nécessairement à l'impossibilité pour la femme d'aliéner, même avec le consentement du mari, les garanties hypothécaires que les dispositions de la loi et notamment l'art. 2135 lui accordent pour la conservation de la dot. »

Nous le demandons, toutes ces considérations, quelles que soient les raisons d'utilité pratique qui les aient inspirées, ne sont-elles pas purement hypothétiques, en admettant même que la dot mobilière soit inaliénable ?

Dans un autre arrêt, nous lisons :

« Attendu qu'une créance dotale n'étant pas un corps certain, susceptible d'une conservation matérielle, et étant sujette, par sa nature, à des remboursements volontaires ou forcés, à des altérations de valeur, *la loi a donné au mari des pouvoirs appropriés à toutes les éventualités.* »

Il me paraît bien difficile d'assimiler, avant l'é-

restituer en nature à la femme ; la perte par cas fortuit les libérerait de leur obligation, etc. La Cour de cassation n'admet certainement aucune de ces conséquences.

chéance, et la question ne se pose qu'alors, une créance à une chose fongible. Mais quel est l'article qui confère de tels pouvoirs au mari? Quant à moi, je ne les trouve point dans l'art. 1549.

Le seul argument sérieux que peut invoquer la jurisprudence en faveur de son opinion, c'est l'autorité de l'ancien Droit. Mais nous avons vu que l'impossibilité pour la femme d'aliéner pendant la vie commune, provenait uniquement de ce qu'elle n'avait pas l'exercice des actions dotales, le mari étant alors le seul maître de la dot mobilière : aussi recouvrait-elle ce droit dès que la séparation de biens lui rendait la jouissance et l'administration de la dot.

Mais ce qui frappe le plus, dans la jurisprudence, c'est la contradiction que paraissent offrir entre elles les deux propositions auxquelles on réduit son système : *La dot mobilière est inaliénable ; néanmoins le mari peut l'aliéner.*

Comment expliquer ce pouvoir du mari, après avoir posé en principe l'inaliénabilité des meubles ?

Est-ce parce qu'il est administrateur que le mari peut aliéner ?

Mais alors nous devrions en dire autant de la femme après la séparation de biens. D'ailleurs le pouvoir d'aliéner chez l'administrateur suppose un mandat exprès ou tacite du propriétaire. La femme donnerait au mari mandat d'aliéner ; elle aurait donc, en principe, le droit d'aliéner, puisque elle s'en dépouille en faveur de son mari.

La contradiction ne disparaît pas non plus, si l'on admet avec un des considérants du célèbre arrêt du 1er février 1819, que l'incapacité de la femme tient

uniquement à ce qu'elle n'est pas propriétaire. Cela cesse d'être vrai, au moins après la séparation. Mais la dot mobilière serait alors assimilée à tous les autres biens ; car aucun assurément ne peut être aliéné par un non-propriétaire.

Pour échapper à ce reproche de contradiction, le système de la jurisprudence devrait être ainsi formulé :

« La dot mobilière est toujours inaliénable ; mais dans les conditions ordinaires du mariage, il n'existe pas à proprement parler de meubles dotaux. Ils se confondent alors avec le patrimoine du mari, et la femme a, pour en demander la restitution, une créance qui est aliénable.»

On ne peut alors adresser à la jurisprudence le reproche d'inconséquence, lorsque elle refuse à la femme le pouvoir d'aliéner après la séparation de biens , puisque les meubles deviennent alors dotaux , c'est-à-dire inaliénables.

Telle est au fond, malgré quelques inexactitudes d'expression, la véritable pensée de la cour de Cassation. Plusieurs arrêts la formulent même très nettement : « En cédant une créance dotale, le mari ne fait qu'user du droit de libre disposition, qui lui appartient à cet égard, *puisque la propriété de la femme est convertie, par la puissance de la loi, en une créance contre le mari.* » (Cass., 12 août 1846 et 19 août 1846).

Mais que devient alors l'art. 1552 ?

Quelle que soit la valeur des arguments sur lesquels la Cour de Cassation a essayé de baser son système, nous devons au moins reconnaître que les conséquences en sont très faciles à saisir.

Avant, comme après la séparation de biens, la femme, même autorisée, ne peut ni directement ni indirectement porter atteinte à sa dot mobilière. Bien qu'elle ait contracté une obligation valable et qu'elle ait cédé son hypothèque légale, pour mieux en garantir l'exécution, le créancier ne sera pas autorisé à saisir les biens dotaux, ou même à se faire colloquer sur les biens du mari, au préjudice des droits de la femme (Cass. 1er février 1819 ; 29 mai 1836 ; 2 janv. 1837 ; 16 décembre 1846). Mais la femme séparée a pleine capacité pour recevoir le remboursement des capitaux et donner main-levée de l'hypothèque attachée aux créances. Ce sont là des actes d'administration et non d'aliénation. La Cour de Cassation la dispense même de tout emploi ou bail de caution, si le contrat de mariage n'en contient pas mention expresse (Cass. 25 janv. 1826 ; 23 déc. 1839 ; 11 avril 1842).

Quant au mari, il a au contraire les pouvoirs les plus étendus. La cour de Cassation a déclaré, le 26 août 1851 qu'il avait pu valablement voter au concordat d'un débiteur de deniers dotaux et renoncer ainsi (art. 503, Co.) à l'hypothèque qui garantissait la restitution de la dette ; bien qu'elle eût dénié au tuteur d'un mineur, créancier hypothécaire d'un failli, le droit de voter à un concordat, au mépris des formalités prescrites au titre de la minorité, soit pour les transactions, soit pour les aliénations de droits immobiliers (Cass. 18 juillet 1843). D'après un arrêt, en date du 1er janvier 1851, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Caen, du 13 juillet 1848, le mari a pu valablement vendre des rentes contre des particuliers, quoique le

capital, comme celui des rentes sur l'Etat, n'en soit nullement exigible (1). Ses obligations sont exécutoires sur les meubles dotaux (Bordeaux, 26 mai 1849). Le mari en effet est un véritable propriétaire : « l'usage inintelligent ou l'abus qu'il peut faire de son pouvoir sur les créances dotales n'a d'autre remède que sa responsabilité, et l'hypothèque légale qui en garantit l'efficacité. » (Cass. 26 août 1851 ; 26 mars 1855).

Ce dernier arrêt ne permet d'annuler les aliénations faites par le mari que dans le cas où il a agi frauduleusement et dans le seul but de dépouiller la femme de ses biens ; encore est-il nécessaire que le tiers soit complice de la fraude.

Cette décision, qui offre tous les caractères de l'évidence, quand on ne reconnaît au mari que les pouvoirs d'un administrateur, me paraît beaucoup plus difficile à justifier dans le système de la Cour de Cassation. Puisque la femme est réduite à une créance contre son mari, elle ne peut attaquer ses actes qu'en invoquant le bénéfice de l'art. 1167. Toutes les conditions requises pour l'exercice de l'action Paulienne paraissent en effet exister dans l'espèce. Mais l'arrêt n'a pas visé l'art. 1167 ; il n'indique pas expressément que le mari fût insolvable au moment où a été faite l'aliénation. L'exercice de l'action Paulienne n'aurait pas en effet permis à la femme de recouvrer entièrement sa dot : elle aurait dû venir au marc le franc avec les autres créanciers

(1) Les arrêts ne parlent que des créances dotales. Il ne faudrait point en conclure que la jurisprudence restreint les pouvoirs du mari aux meubles incorporels; mais par suite de l'application aux tiers acquéreurs du bénéfice de l'art 2279, il ne s'élève guère de contestation que relativement aux meubles incorporels.

saisissants du mari. Pour éviter ce résultat, la Cour de Cassation a fait fléchir la rigueur du principe qu'elle avait elle-même établi.

CHAPITRE IV.

Des revenus Dotaux.

La question de l'inaliénabilité ne peut se poser pour les revenus dotaux dans les mêmes termes que pour le capital de la dot elle-même. Ces revenus consistent toujours en choses fongibles et qui même dans la plupart des cas dépérissent bientôt, si on ne se hâte de les consommer. Pour subvenir, avec ces revenus, aux besoins du ménage, suivant le vœu de la loi (art. 1540) force est bien de les dépenser, c'est-à-dire, les détruire ou les aliéner. Ces revenus sont donc essentiellement aliénables de leur nature. Mais nous avons à nous demander si la loi ne les a pas affectés à une destination spéciale, en dehors de laquelle ils restent indisponibles et insaisissables entre les mains des deux conjoints. Cette question n'est pas résolue par la nature fongible des revenus : car il existe dans notre Droit, plus d'un exemple de prestations annuelles, assurément faites pour être dispensées et qui cependant ne peuvent être ni cédées par celui qui les possède, ni saisies par ses créanciers (C. Pr. art. 580-582, 592, 593) Devons-nous placer les revenus dotaux dans la même condition?

Avant de répondre à la question, il importe de remarquer, que ces revenus, dès qu'ils sont perçus, se confondent nécessairement avec les biens propres des époux, sans qu'il soit possible de les distinguer. Pour

que la question de dotalité puisse être utilement discutée, il faut donc supposer des revenus non encore touchés que les créanciers veulent saisir, ou dont un tiers demande la tradition, en exécution d'une vente antérieurement consentie.

Dans ces conditions, nous devons tout d'abord faire une première distinction. S'agit-il des fruits de la dot mobilière, le législateur évidemment ne peut leur accorder une protection plus grande qu'aux meubles dotaux eux-mêmes. Les époux, libres de céder une créance, et avec elle tous les intérêts qu'elle aurait pu produire à l'avenir, peuvent évidemment se contenter d'aliéner ces intérêts, pour un temps plus ou moins long. Cela ne saurait être contesté, et la jurisprudence qui reconnaît au mari seul le droit d'aliéner les meubles dotaux, tant qu'une séparation n'est pas intervenue, n'a jamais hésité à valider la saisie des revenus faite au nom de ses créanciers. Quant aux auteurs qui étendent à la dot mobilière le principe de l'inaliénabilité, ils doivent en assimiler les fruits à ceux des immeubles dotaux, que nous allons maintenant étudier.

Dans l'ancien Droit, on décidait généralement qu'avant la séparation de biens, les créanciers du mari avaient le droit de saisir les revenus dotaux, lorsque ils n'étaient plus nécessaires aux besoins du ménage, ou lorsque les biens du mari suffisaient pour en supporter toutes les charges. *Si aliundè onera matrimonii sustineri non possint... debet mulier ac onera creditoribus præferri... quia fructus non sunt liberi mariti, sed cum onere alendi familiam* (*Gallus, de fructibus, disp.* XX nº 9, p. 404; *Cfer Fontanella de pact. nupt.* t. 2, p. 284, et Favre cod. lib. 5, tit. 7 def. 38).

Le parlement de Bordeaux avait, par arrêts rendus en 1577, validé pour un tiers, la saisie des fruits dotaux par les créanciers du mari ; le surplus devant être consacré à la nourriture de la femme et des enfants (Boucheul, Cout. de Poitou, art. 230 nº 14). Quelques attestations du barreau de Bordeaux autorisent même indistinctement la saisie, lorsque la femme n'a pas poursuivi la séparation de biens. (Salviat. p. 197 et 456).

Après la séparation, les auteurs semblent admettre qu'aucune portion des revenus ne peut être saisie ; mais la raison qu'ils en donnent, ne justifie point ce changement de doctrine : « *Il faut*, dit Henrys (l. 4, qt. 141), *que la femme puisse s'en entretenir et ne soit pas un Tantale dans les eaux.* » Il nous semble que la distinction, que l'on établissait avant la séparation, aurait suffi à concilier l'intérêt de la femme et les droits des tiers créanciers.

Que devons nous décider aujourd'hui ?

Il est incontestable que le texte de l'art. 1554 ne consacre pas d'une manière explicite l'indisponibilité des revenus dotaux. Cette indisponibilité qui tendrait à les immobiliser entre les mains du mari, semble même repoussée par les articles qui lui attribuent la pleine propriété des fruits perçus avant le moment où la dot doit être restituée (art. 1549, 1562, 1570, 1571 et surtout 1568).

On objecte en vain que les droits du mari sont subordonnés à la condition de supporter les charges du mariage, c'est-à-dire à l'obligation de consacrer à ces charges les revenus dotaux, puisque l'immeuble dotal lui-même est inaliénable. M. Troplong a victorieusement répondu que cette obligation existait aussi bien

sous le régime de la communauté que sous le régime dotal, d'après le texte même de l'art. 1540. L'objection ne saurait d'ailleurs nous arrêter, puisque nous avons reconnu aux époux la libre disposition de la dot mobilière, bien que l'art. 1540 ne laisse pas d'être applicable.

Validerons-nous donc, avec M. Troplong, et sans établir de distinction, la saisie-arrêt que feraient les créanciers de la totalité des fruits dotaux? Nous n'irons pas jusque là; mais par cette seule raison que ce serait porter atteinte à l'inaliénabilité de l'immeuble dotal. Si la totalité des revenus peut être saisie, s'il n'est pas permis d'en réserver une partie pour les besoins du ménage, les époux seront contraints de demander au tribunal l'autorisation de vendre l'immeuble lui-même (1558-3°). Les créanciers pourront donc provoquer, à leur gré, une aliénation que l'art. 1554 interdit expressément. Un tel résultat est inadmissible.

Pour le prévenir, il faut mettre obstacle aux droits du créancier. Mais dans quelle mesure?

Les fruits ne sont point inaliénables de leur nature; on ne les déclare indisponibles que pour éviter une fraude trop facile à la disposition de l'art. 1554. Dès qu'il a été pourvu à toutes les charges du mariage, dès qu'il n'est plus à craindre que le besoin force les époux à demander l'aliénation de l'immeuble dotal, leur indisponibilité doit s'évanouir avec la cause qui l'avait produite. *Cessante causa, cessat effectus.* Resterait donc toujours libre entre les mains des époux et par suite saisissable, la portion de revenus qui excède les besoins du ménage.

Nous permettrions même aux créanciers d'attendre la

totalité, lorsque leur obligation provient d'un acte de bonne administration. Personne en effet ne conteste que les époux ne puissent consacrer tous les fruits dotaux à des actes d'administration. Tel est assurément le vœu de la loi. Or, comment établir une distinction entre la vente d'une récolte pour payer les frais d'éducation des enfants et une obligation que les conjoints contracteraient dans le même but, lorsque ces fruits ne peuvent encore être recueillis. L'acte évidemment ne change pas de nature et les fruits restent toujours affectés aux charges du mariage (art. 1540). L'équité, l'intérêt même de la famille à laquelle on ne doit pas interdire tout crédit, recommandent également cette solution, conforme au vœu de la loi. Aucun abus n'est d'ailleurs à craindre. Le créancier qui demande l'exécution de son titre devra faire la preuve qu'il ne lui a été consenti que pour faciliter un acte de bonne administration.

Tel est donc le principe que nous émettrions : « *Tout créancier, par suite d'un acte de bonne administration, peut saisir la totalité des revenus dotaux. En dehors de ce cas, on ne peut atteindre que le superflu, la portion que n'absorbent pas les charges habituelles du ménage.* »

Appliquons ce principe à chaque époux en particulier.

A. — Tant que le mari reste à la tête de l'administration, il acquiert la propriété des revenus dotaux. Il peut les obliger en totalité par ses actes d'administration ; le superflu seul reste saisissable lorsque les obligations ont été contractées dans son intérêt personnel. Peu importe que les créanciers soient antérieurs ou non à la célébration du mariage ; tous ont un droit égal sur ces biens dès qu'ils entrent dans le patrimoine de leur

débiteur, et la date de la créance ne suffit pas à créer une cause de préférence (art. 2092, 2093). Le mari peut même engager le superflu des revenus à échoir. La séparation de biens enlèvera pour l'avenir tout effet à ces obligations ; les fruits n'appartenant plus au mari, ne peuvent évidemment être soumis au droit de gage de ses créanciers. Ne devrions-nous pas adopter une solution différente si le mari, en donnant l'immeuble dotal en antichrèse, n'avait fait qu'un acte de bonne administration. Nous inclinerions à le croire. L'antichrèse continuerait de subsister même après la séparation de biens.

La jurisprudence et la majorité des auteurs (voir MM. Tessier , Rodière et Pont, II, n° 488) admettent les créanciers du mari à saisir la totalité des fruits, tant que la femme ne demande pas la séparation de biens. En principe, il nous serait difficile d'admettre cette opinion, si la Cour suprême permettait ainsi de priver la famille des ressources indispensables à son existence. Ce serait rendre illusoire le principe de l'inaliénabilité ; cette solution serait d'ailleurs en contradiction avec ce que la Cour de Cassation décide elle-même, lorsque la femme a recouvré l'administration des biens dotaux. Mais tel n'est pas le motif de décider. Il est à présumer, dit-on, dans l'inaction de la femme, qu'il a été satisfait à toutes les exigences de la famille. Qu'importe que le mari accomplisse ses obligations avec les deniers dotaux ou avec ses biens personnels. Dans ces circonstances, ne serait-ce pas favoriser la mauvaise foi des époux que de refuser à leurs créanciers toute action sur les biens dotaux, quand le mari, par une fraude trop facile de nos jours, a su soustraire à leur droit de

gage ses biens personnels, en les transformant en valeurs industrielles au porteur.

Ces réflexions sont très justes et elles doivent prévaloir dans la plupart des cas. Cependant, s'il est certain, aux yeux des juges, que le mari n'a d'autres ressources que les revenus dotaux pour remplir les devoirs qui lui incombent, je ne pense pas que l'on pût contraindre la femme à demander la séparation de biens et lui refuser tout moyen de subsister tant qu'elle n'a pas intenté sa demande. C'est ce qu'a décidé un arrêt longuement motivé de la Cour de Pau (12 août 1825). Cfer, Montpellier, 1er février 1828.

B. — Après la séparation, les créanciers de la femme, quelle que soit la date de leur créance, peuvent saisir le superflu des revenus dotaux. Nous leur reconnaissons même le droit de saisir la totalité, lorsque leur créance a pour origine un acte de bonne administration que la femme est capable de faire sans avoir même besoin d'être autorisée (art. 1449).

Les auteurs ne s'expliquent guère sur cette dernière distinction. Tous cependant admettent que la femme peut, par les obligations qu'elle contracte postérieurement à la séparation, obliger le superflu de ses revenus dotaux. La jurisprudence est aussi unanime à cet égard.

Mais une vive controverse s'est élevée sur le point de savoir si on devait décider de même, lorsque l'engagement porte une date antérieure au jugement de séparation. MM. Rodière et Pont (t. 2, nº 488), Sériziat (*Reg. dot.*, sq. 163), Dutruc (*Sépar. de biens jud.*, nos 416 et ss.), soutiennent la négative. La jurisprudence s'est aussi prononcée en ce sens. On ne compte pas

moins de neuf arrêts rendus sur ce point par la Cour de Cassation elle seule ; et tous ont distingué les créanciers de la femme antérieurs à la séparation, des créanciers postérieurs, qui, seuls, peuvent saisir les revenus dotaux. Les cours d'Aix et de Montpellier, en tentant de résister à cette jurisprudence, ont nécessité l'arrêt solennel rendu par les chambres réunies, le 7 juin 1864, et qui, pour longtemps, au moins dans la pratique, a tranché la difficulté dans le sens de l'insaisissabilité (D. P., 1864, I, p. 203).

Devons-nous nous incliner devant une aussi imposante autorité?

Nous ne le pensons pas ; et M. Dalloz, dans la note qui précède le texte de l'arrêt, nous donne lui-même l'exemple de l'indépendance. Tout en se félicitant de voir la jurisprudence désormais fixée, il se demande si même après l'arrêt, les critiques élevées par M. Marcadé contre cette distinction, ne subsistent pas dans toute leur force. Nous inclinerions à le croire, répond-il.

On ne peut, en effet, refuser à un créancier, porteur d'une obligation, le droit de saisir les biens de son débiteur, que pour deux motifs : ou bien parce qu'une loi de statut réel les a frappés d'inaliénabilité, ou bien parce que l'obligation, considérée en elle-même, est entachée d'un vice qui en rend l'exécution impossible. Il ne peut exister un troisième motif. Or, le superflu des revenus dotaux n'est pas hors du commerce; il ne cesse pas de former le gage commun des créanciers de la femme, d'après la jurisprudence elle-même, puisque la Cour de Cassation n'a jamais refusé le droit de le saisir aux créanciers postérieurs à la séparation. D'un autre côté, nous supposons, précisément en thèse, une

obligation valablement contractée par la femme, avec l'autorisation de son mari ou de justice. D'où vient donc l'obstacle à l'action des créanciers?

Pour échapper à ce dilemme, M. le premier avocat-général de Raynal a soutenu, dans le remarquable réquisitoire qu'il a prononcé devant les Chambres réunies, que l'art. 1449, en rendant à la femme séparée la libre jouissance de ses biens, ne lui confère que la capacite de faire des actes d'administration. « Nous admettons donc que ce n'est pas entre le nécessaire et le superflu qu'il faut distinguer, mais entre les actes d'administion et les actes d'aliénation. » D'après ce système, les créanciers postérieurs à la séparation ne pourraient saisir, même le superflu des revenus dotaux, si leur créance ne provenait pas d'un acte d'administration; mais s'il en est autrement, ils en saisiront la totalité. Quant aux créanciers antérieurs, ils doivent toujours être repoussés; la femme, évidemment, n'a pu faire nn acte d'administration, avant que ce droit ait pris naissance.

Cette théorie repose sur cette idée très juste, que la femme a pleine capacité pour accomplir les actes d'administration, et peut ainsi obliger la totalité de ses revenus dotaux; c'est ce que nous avions admis nous-même. Elle fait découler la défense de saisir, de la nature de la créance. Elle offrirait en pratique l'immense avantage d'épargner aux tribunaux la fixation, si incertaine et si variable, du nécessaire et du superflu.

Nous ne pouvons pourtant l'accepter. Les créanciers antérieurs à la séparation de biens n'invoqnent pas en leur faveur l'art. 1449 qui *étend* la capacité de la femme séparée, et lui permet de contracter dans la limite de

son administration, *sans recourir à l'autorisation maritale*. Cet article leur est étranger, puisqu'ils ne se fondent sur aucun acte d'administration. Mais les article 217-220 posent ce principe absolu, que la femme est capable de s'obliger, lorsque elle est autorisée. Or, d'après l'art. 2072, quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Lors donc qu'un créancier, muni d'un titre consenti par la femme valablement autorisée, veut exercer ses droits sur les revenus dotaux, on ne pourra le repousser à cause de la nature de sa créance, à quelle époque qu'ait été datée l'obligation. Ce n'est pas parce que la femme séparée a la capacité d'engager ses revenus par ses actes d'administration que le créancier réclame, mais parce qu'il a un droit de gage sur tout le patrimoine de la débitrice, et que le superflu des revenus dotaux fait évidemment partie du patrimoine de la femme séparée. Il ne saisit pas, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, des revenus dotaux, mais des biens libres de sa débitrice.

L'arrêt de la cour, quoique conforme aux conclusions du ministère public, ne paraît pas s'être inspiré des mêmes motifs. « Attendu, est-il dit dans les considérants, que sous un régime qui doit la protéger contre des engagements téméraires et imprudents, toute aliénation de ses revenus est interdite à la femme; qu'en effet, il ne saurait lui être permis, lorsqu'elle est encore sous l'influence du mari de compromettre les ressources que la loi réserve à la famille pour le cas où la séparation est nécessaire; que d'ailleurs ses revenus ne peuvent être engagés à l'avance, sans être détournés

de leur destination ; autrement les effets de la séparation seraient illusoires et pourraient même devenir préjudiciables à la femme, en ouvrant à ses créanciers un droit qu'ils n'avaient pas auparavant, »

Dans ses arrêts précédents, la Cour suprême avait basé sa décision sur ce que la femme ne pouvait, avant la séparation, engager des revenus dont elle n'avait pas en ce moment la libre disposition.

Marcadé a fait remarquer que la saisie pratiquée par les créanciers portait sur les revenus échus après la séparation, et qui par suite n'avaient jamais appartenu qu'à la femme. Peu importait en outre que ces biens eussent réellement été la propriété du mari. Dès qu'ils font partie du patrimoine de la femme, ils deviennent immédiatement le gage de tous ses créanciers (art. 2092). Il n'en serait autrement, ajoute Marcadé, que si lors de l'engagement le bien eût été inaliénable.

Je n'admets même pas cette restriction. Quelle que soit la condition d'un bien au moment où je contracte, il suffit qu'il se trouve un jour disponible dans le patrimoine de mon débiteur, pour qu'il soit soumis à mon droit de gage général. Si mon débiteur acquiert l'hôtel qu'un ministère cesse d'occuper ; la saisie sera-t-elle impossible parce que cet hôtel était hors du commerce, au moment où a été contractée l'obligation ? Evidemment non. Les auteurs qui refusent aux créanciers de la femme le droit de poursuivre le paiement des obligations contractées pendant le mariage, sur l'immeuble dotal, même après la dissolution du mariage, ne décident ainsi que parce qu'ils voient dans ces obligations une aliénation indirecte de l'immeuble, et un moyen trop facile d'éluder la prohibition de l'art. 1554.

Mais lorsqu'il s'agit des revenus dotaux, rien de pareil à craindre. La cour de Cassation déclare elle-même ces revenus disponibles, puisqu'elle en a toujours permis la saisie aux créanciers postérieurs à la séparation.

On invoquait aussi en faveur de la jurisprudence, ce principe, que la dot doit être restituée à la femme libre de toutes charges. Mais ce principe ne peut s'appliquer qu'au mari, seul chargé de restituer la dot. Il signifie que le mari, perdant tous droits à la dot, à partir de la séparation, ne peut la grever de charges qui subsisteraient après cette époque : mais évidemment la restitution de la dot, faite par le mari ne peut modifier la nature des engagements qu'a contractés la femme.

La Cour de Cossation a implicitement reconnu la justesse de ces critiques. La décision du 7 juin 1864 est uniquement basée sur ce motif : que la dot devant être consacrée à supporter les charges du mariage, elle ne peut être détournée de cette destination par une aliénation anticipée, surtout à une époque où, sous l'influence du mari, la femme contractera facilement des engagements qui la laisseraient sans ressources le jour de la séparation.

Ces considérations sont très graves assurément, et méritent bien de fixer l'attention du législateur. Mais aux yeux du jurisconsulte, elles ne peuvent faire fléchir la rigueur des principes. La théorie de la Cour de Cassation ne tendrait à rien moins qu'à ressusciter la prohibition de l'authentique : *si qua mulier*. Légalement, il m'est impossible d'admettre que les obligations souscrites par les femmes pendant le mariage sont tou-

tes arrachées à leur faiblesse. Remarquez d'ailleurs, qu'il ne s'agit pas d'enlever la dot à sa destination, puisque nous avons reconnu que le superflu seul était disponible ; c'est-à-dire, la partie qui précisément n'est pas employée aux besoins de la famille. Si cette partie est disponible entre les mains des époux, pourquoi ne pourrait-elle être cédée et engagée d'avance ? Parce qu'il ne peut alors être question d'un acte d'administration. Mais alors, la Cour suprême adopte le système du ministère public ; elle devrait pour être logique, l'appliquer même aux créanciers postérieurs. C'est là, du reste, ce qu'enseignent MM. Rodière et Pont.

La Cour de Cassation n'a d'ailleurs répondu à aucun des arguments que nous avons exposés plus haut. Comme M. Daloz, nous croyons qu'ils subsistent dans toute leur force.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Les servitudes *altiùs tollendi* et *stillicidii recipiendi* ne peuvent être expliquées que par la paraphrase de Théophile, entendue en ce sens qu'il s'agit d'une dérogation à la *vetus forma*.

II. L'expropriation pour cause d'utilité publique n'a existé que sous l'Empire.

III. La liberté ne pouvait être donnée à un esclave par un legs *per damnationem*.

IV. Il n'y a pas antinomie entre la loi 35 d'Ulpien *D. de acq. rer. dom.* et la loi 49 de Marcellus, *D. mandati* 17, 1.

V. Sous Justinien, les servitudes peuvent être établies par un pacte suivi d'une stipulation.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

I. Dans l'ancien droit écrit, la prohibition pour la femme

de renoncer à son hypothèque légale reposait sur une fausse application du sénatus consulte Velleien.

II. Il existait dans le droit coutumier des actions réelles mobilières.

III. Le légitimaire renonçant pouvait retenir sa réserve.

Code Napoléon

I. La femme, non autorisée, peut valablement aliéner la dot mobilière, après la séparation de biens.

II. La femme peut, avec l'autorisation du mari ou de justice, renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot même immobilière.

III. La simple mention de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, faite en marge d'une hypothèque conventionnelle obtenue du mari, équivaut à l'inscription exigée par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

IV. L'immeuble soumis au droit de retour légal, doit compter pour le calcul de la quotité disponible.

Il en résulte qu'il peut se présenter un cas, où malgré la présence d'héritiers réservataires, il y ait une quotité disponible et pas de réserve.

V. L'art. 1141 n'est qu'un cas d'application de l'art. 2279.

VI. La femme, séparée de corps, pour cause d'adultère, ne peut établir son domicile chez celui-là même qui a été condamné comme son complice.

VII. L'étranger peut adopter en France.

VIII. L'art. 1138 a rendu impossible dans notre droit l'existence de créances immobilières.

Droit Criminel

I. Ne tombent point sous le coup de la loi pénale :

1° Le duelliste ;

2° Celui qui, sans employer de moyens frauduleux, se fait servir dans un restaurant avec l'intention de ne pas payer.

II. La mort du mari n'arrête pas les poursuites commencées pour cause d'adultère.

III. Lors même que par des circonstances accidentelles, un crime est *matériellement* impossible; si ces circonstances sont indépendantes de la volonté de l'agent, on ne doit pas moins appliquer l'art. 2 du Code Pénal.

Je n'excepterais que le cas où l'instrument dont l'agent s'est servi est absolument impropre à l'acte qu'il veut commettre.

IV. Un accusé, acquitté en cour d'assises, ne peut plus être poursuivi à raison du même fait qualifié délit.

V. Est punissable celui qui sur la prière d'un autre, consent à lui donner la mort.

Code de Procédure civile.

I. Le défendeur étranger peut exiger la caution *judicatum solvi* du demandeur étranger.

II. Les causes qui intéressent les mineurs émancipés sont toujours dispensées des préliminaires de la conciliation.

Droit Commercial.

I. Pour que l'art. 12, Co. soit applicable, il faut qu'il s'agisse d'un acte ayant le caractère commercial à l'égard des deux parties.

II. Pour qu'une personne puisse être poursuivie pour banqueroute frauduleuse, il faut que la faillite ait d'abord été déclarée par le tribunal de commerce.

Droit Administratif.

I. Le lit des rivières non navigables ni flottables est une chose commune.

II. Lorsque des travaux ont été exécutés sans autorisation sur un terrain retranchable d'après un plan général d'alignement, le juge de paix, saisi de la contravention, peut, indépendamment de la condamnation à l'amende, ordonner la démolition de ces tra-

vaux, alors même qu'un arrêté préfectoral les aurait déclarés non confortatifs.

Vu par le Président de la thèse,

MOLINIER.

Vu par le Doyen de la Faculté,

CHAUVEAU ADOLPHE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

ROUSTAN.

Cette Thèse sera soutenue le vendredi 29 décembre 1865, à 2 heures.

TABLE.

—

DROIT ROMAIN.

DÉLIMITATION LÉGALE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ A ROME.

PAGES.

INTRODUCTION. 5

CHAPITRE I. — Réglements sur la construction des édifices.

§ 1. — De la distance à observer entre les édifices. 13

§ 2. — De la hauteur légale des édifices. . . . 20

§ 3. — De la défense de dégrader les édifices. . 25

§ 4. — Nécessité de respecter la *vetus forma*. — Explication nouvelle des servitudes *altitius tollendi et stillicidii non recipiendi*. 31

CHAPITRE II. — Restrictions au droit de propriété résultant de la nature des lieux.

§ 1. — Charges qui résultent du voisinage des fleuves et voies publiques. 43

§ 2. — Des servitudes de passage. 46

§ 3. — Charges réciproques de deux fonds dont l'un est inférieur à l'autre. 47

§ 4. — Economie rurale. 48

§ 5. — Restrictions résultant de la police des cadavres. 52

CHAPITRE III. — Expropriation pour cause d'utilité publique ou privée.

§ 1. — De l'expropriation pour cause d'utilité publique. 54

A. — Règles générales de l'expropriation pour cause d'utilité publique. . . . . id.

B. — Cas particuliers d'expropriation mobilière. . 66

§ 2. — Action de *tigno juncto*. 72

§ 3. — *Cautio damni infecti* 77
§ 4. — *Cautio legatorum servandorum*. . . . 83
§ 5. — Restrictions au droit de disposer à titre gratuit. 85
§ 6. — Pouvoir de juge dans les actions divisoires. 89

DROIT FRANÇAIS.

DE L'ALIÉNATION DES MEUBLES ET REVENUS DOTAUX SOUS LE RÉGIME DOTAL.

PREMIÈRE PARTIE. — Ancien droit écrit. 93
DEUXIÈME PARTIE. — Droit actuel.
CHAPITRE I. — De l'aliénabilité des meubles dotaux.
§ 1. — Principes généraux. 119
§ 2. — Quels sont les meubles réellement dotaux. 124
§ 3. — Intérêt de notre question. 127
§ 4. — Preuves de l'aliénabilité de la dot mobilière. 130
§ 5. — Réfutation du système contraire. . . . 151
CHAPITRE II. — Conséquences de l'aliénabilité de la dot mobilière.
§ 1. — Par qui les meubles dotaux peuvent-ils être aliénés? 146
§ 2. — Quels sont les créanciers qui peuvent saisir la dot mobilière.. 155
CHAPITRE III. — Examen de la jurisprudence. . . . 157
CHAPITRE IV. — Des revenus dotaux. 165

Toulouse, Imprimerie Troyes Ouvriers Réunis, rue St-Pantaléon, 3.