

PPN 078968 933

T 60.510

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DROIT ROMAIN
DE LA RESTITUTION DE LA DOT
DROIT FRANÇAIS
DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

CONSIDÉRÉE

AU POINT DE VUE DES PERSONNES QUI PEUVENT S'EN PRÉVALOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse le 25 juin 1874

Par M. HENRI DE RIGAUD,

De Castelnaudary (Aude).

TOULOUSE

IMPRIMERIE LOUIS & JEAN-MATTHIEU DOULADOURE
Rue Saint-Rome, 39

1874



3 111 016653 9

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. DUFOUR ✱, doyen, *professeur de Droit commercial.*
RODIÈRE ✱, *professeur de Procédure civile.*
MOLINIER ✱, *professeur de Droit criminel.*
BRESSOLLES ✱, *professeur de Code civil.*
MASSOL ✱, *professeur de Droit romain.*
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses
origines féodales et coutumières.*
HUC, *professeur de Code civil.*
HUMBERT, *professeur de Droit romain, en congé.*
ROZY, *professeur de Droit administratif.*
POUBELLE, *professeur de Code civil, en congé.*
BONFILS, *agrégé, chargé de cours.*
ARNAULT, *agrégé, chargé du cours d'Économie politique.*
DELOUME, *agrégé, chargé de cours.*
CONSTANS, *agrégé.*
LAURENS, *agrégé.*
PAGET, *agrégé.*
-

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

Président de la thèse : M. RODIÈRE.

Suffragants. { MM. MOLINIER, }
 { BRESSOLLES, } *Professeurs.*
 { ARNAULT, }
 { PAGET, } *Agrégés.*

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

FACILITÉ DE DROIT DE TOULOUSE



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

INTRODUCTION

- « Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes
» et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes
» mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 44), mais non des opinions
» purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.
» Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
» sur les autres matières de l'enseignement. »
-

INTRODUCTION

APERÇU HISTORIQUE SUR LE RÉGIME MATRIMONIAL DES ROMAINS.

L'idée de puissance est celle qui domine dans l'organisation de la famille chez les anciens Romains. Ce peuple, appelé un jour à conquérir le monde, devait asseoir les bases de sa future grandeur sur le respect des institutions, sur la sévérité des mœurs : avant de commander aux nations, il commençait par assurer chez lui, dans chaque famille, la puissance absolue sur les individus que le lien civil de l'*agnatio* réunissait autour d'un même

chef. Sur cette organisation intérieure, vigoureuse, il voulait fonder son organisation sociale.

Ainsi s'expliquent les rigoureuses attributions de la *patria potestas*, pouvoir illimité accordé au père sur la personne de ses enfants, et celles tout aussi grandes, quoique ornées du nom moins sévère de *manus*, accordées au mari sur la personne et sur les biens de sa femme.

Le régime de la *manus* est le premier régime matrimonial à Rome; il consiste en une puissance absolue du mari sur la femme : la personnalité, les biens de cette dernière disparaissent dans la personnalité, dans les biens du mari.

On conçoit sous ce régime l'idée d'une dot, dans le sens général de ce mot; mais ce que l'on ne peut concevoir, c'est l'idée d'une restitution assurée, d'une créance même éventuelle ou conditionnelle de la femme contre le mari. En effet, ce qui caractérise le régime dotal proprement dit, ce sont les garanties accordées à la femme, garanties tellement rigoureuses qu'elles font dire au jurisconsulte Tryphoninus : « *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* » L. 75, D. 23, 5. Le maître de la dot, c'est le mari, et pourtant elle reste à la femme.

Au contraire, dans le régime de la *manus*, la confusion la plus complète s'opère entre les deux patrimoines ; on ne peut plus dire ici : « *dos mulieris est*, » même dans le sens de Tryphoninus , par conséquent , pas de garantie possible et , partant , pas de régime dotal proprement dit.

Au système de la *manus*, exagération du pouvoir, en succède un autre qui est l'exagération de l'indépendance, c'est le système que l'on peut appeler des mariages *libres*. Ici le mari n'a aucun droit sur les biens de la femme , et doit supporter seul les charges du ménage. On conçoit qu'elle injustice il y avait dans cette contribution unique du mari ; aussi voit-on apparaître bientôt dans l'histoire l'organisation du régime dotal. Sans doute , le régime dotal n'apparut pas tout d'un coup , et , pour ainsi dire , armé de toutes pièces , mais sous l'empire de la nécessité il s'établit promptement , et ses principes ne tardèrent pas à s'affermir. Dans ce régime , l'apport de la femme , spécialement affecté aux charges du ménage , devra être restitué quand ces charges n'existeront plus , si la femme elle-même existe encore ; et lorsque les mœurs autorisent la femme à prévoir dans son avenir la possibilité de

plusieurs mariages successifs , il est naturel qu'elle considère comme destinés à l'entretien de ses divers ménages, les fonds ou les capitaux dont elle aura consacré les fruits à l'entretien du premier. Il sera donc logique d'assurer cette restitution à la femme toutes les fois qu'il y aura pour elle possibilité de se remarier , c'est-à-dire dans le cas de divorce ou de prédécès du mari ; c'est ce qui a lieu. Les règles relatives à la restitution confirment l'exactitude du caractère que nous avons attribué à l'institution de la dot.

Les lois rendues sous Auguste sont faites en vue d'assurer cette restitution de la dot , pour favoriser les seconds mariages devenus depuis trop longtemps déjà une nécessité d'ordre public , car le luxe et les richesses qui avaient pénétré dans Rome à la suite des légions victorieuses , avaient eu pour résultat de créer un bien-être énervant , précurseur d'une décadence prochaine. Le mariage commençait à être considéré comme un fardeau trop lourd , et trouver un nouveau mari eût été bien difficile à la veuve qui n'aurait apporté en dot d'autres biens que le prestige de son honnêteté. Il fallait donc pousser au mariage : les époux dussent-ils se succé-

der en grand nombre, auprès de la même femme, plutôt que de livrer la société romaine aux désordres du vice et du concubinage :

« Fuit hæc sapientia quondam

Concubitu prohibere vago, dare jura maritis. »

HORACE.

Ainsi, Rome païenne édicte des lois pour assurer les seconds mariages : le christianisme viendra portant avec lui ses principes de charité, d'amour, de protection pour le faible; et si des mesures nouvelles sont prises pour assurer la restitution de la dot, ce n'est plus alors dans le but de multiplier les familles, mais de maintenir le bien-être de celles qui existent et d'assurer à la femme, par la conservation de son patrimoine, un refuge contre le malheur dans lequel pourraient l'entraîner les égarements et l'insolvabilité de son mari.

Nous assisterons donc à une évolution complète du régime dotal, et cette évolution se manifestera non-seulement par la nature des garanties accordées à la femme pour assurer la restitution de sa dot, mais encore par les règles nouvelles qui détermineront les cas où cette restitution doit avoir lieu.

Nous diviserons cette étude sur la restitution de

la dot en trois parties. Nous nous occuperons d'abord des *personnes* à qui la restitution est due et de celles qui la doivent : ce sera l'objet d'une première partie.

Dans une deuxième partie, nous traiterons de l'*objet* et de l'*époque* de la restitution, rattachant ces deux idées l'une à l'autre, parce que la nature de l'objet à restituer exerce une influence sur l'époque de la restitution.

Enfin, dans une troisième partie, sous le titre de *garanties* de la restitution, nous comprendrons l'étude des actions et celle des garanties réelles de la restitution. Nous ferons observer que puisque l'action est le droit sanctionnateur, elle rentre dans la classe des garanties accordées à la femme, et doit, scientifiquement, figurer sous ce titre.

DROIT ROMAIN

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

Première Partie.

Des personnes à qui la restitution est due et de celles qui la doivent.

CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES A QUI LA RESTITUTION EST DUE.

La réponse à cette première question sera différente selon que le mariage aura été dissous par le divorce ou le prédécès du mari, ou par le prédécès de la femme. Nous allons successivement examiner les deux cas.

§ I.

Divorce ou précédès du mari.

Dans le cas de divorce ou de précédès du mari, la restitution de la dot est faite à la femme pour lui faciliter un second mariage ; dès lors peu importe, au point de vue de la restitution, que la dot soit adventice ou profectice, l'intérêt de la femme est toujours préférable à celui du mari ou de ses héritiers.

Il faut seulement distinguer si la femme est *sui juris* ou bien *in potestate patris*, au moment où prend naissance l'obligation de restituer la dot.

Est-elle *sui juris* ? Elle pourra par elle-même, ou par toute autre personne agissant en son nom, intenter l'action *rei uxoriæ* contre son mari ou contre ses héritiers.

Cette action passera même aux héritiers de la femme lorsque, venant à mourir après le divorce, elle aura déjà mis le mari en demeure de restituer. (*Ulp. Reg. t. vi, § 7*). A plus forte raison il en sera de même si, la femme ayant déjà intenté l'action, il y a eu *litis contestatio*. Hors ces deux cas, les héritiers n'ont pas d'action en cette qualité : la dot reste au mari si elle est adventice ; elle revient au père ou à l'aïeul si elle est profectice. Le motif de cette différence s'explique facile-

ment, car lorsqu'il y a eu *litis contestatio* ou simple mise en demeure, l'action *rei uxoriae* est en quelque sorte entrée dans le patrimoine de la femme et se transmet aux héritiers avec ce patrimoine.

Voyons maintenant, en nous plaçant dans l'hypothèse ou l'héritier de la femme peut agir contre le mari, si l'action, entre ses mains, aura la même force qu'entre les mains de la femme. Un texte formel (L. 1, c. VII, 74) répond négativement à la question: « *Scire debes, nous dit ce texte, privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire.* » On oppose, il est vrai, à cette solution la loi 13, § 3 D. *De fundo dotali* dont les termes semblent accorder à l'héritier réclamant la dot au nom de la femme, une situation identique à celle de la femme elle-même « *heredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur quod mulieri præstaretur.* » Mais nous répondons avec M. Demangeat (*De fundo dot.*) que cette dernière disposition, bien qu'elle semble générale, s'applique seulement dans une hypothèse spéciale; et que, étant placée au titre *de fundo dotali*, elle a trait uniquement au cas où le mari, contrairement à la loi *Julia*, ayant aliéné le fonds dotal et ne l'ayant pas revendiqué à la dissolution du mariage, voit son droit passer sur la tête de la femme, qu'il y ait eu ou non cession effective de l'action en revendication.

La dispense de cette cession effective constitue pour la femme une véritable faveur et c'est cette même faveur, *idem auxilium*, qui, à la différence du *privilegium inter personales actiones*, est transmissible à l'héritier de la femme.

Le droit de demander la restitution de la dot s'ouvre pour la femme à la dissolution du mariage, et tout pacte par lequel elle s'interdirait de réclamer cette restitution dès l'instant où la loi le lui permet, serait dépourvu d'effet juridique (1).

Ce qu'elle peut faire, même pendant le mariage, c'est abdiquer, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit, sa créance dotale au profit d'un tiers (2). Cette abdication peut être faite soit par une cession, en constituant le tiers *procurator in rem suam*, soit par une délégation, le tiers stipulant du mari, de façon à le libérer vis-à-vis de la femme. Dans le premier cas seulement, les avantages qui appartiennent à la femme profiteront au cessionnaire.

Mais observons que la femme ne pourrait point renoncer pendant le mariage aux garanties qui lui sont accordées dans un motif d'ordre public, telles que le *privilegium personale* établi à son profit dans l'époque classique. « *Privata conventio juri publico nihil derogat.* » (Sent. L. 1; T. 1, § 6).

Une fois le mariage dissous, rien ne s'oppose à ce que la femme se dépouille, par une novation faite avec le mari ou avec un tiers, du bénéfice attaché à sa créance primitive. Ici également, si la femme emploie la novation simple ou la délégation, sa créance primitive s'étant éteinte, avec elle ont disparu les accessoires de cette créance. La femme a-t-elle, au contraire, employé la

(1) L. 2, D. *de pactis dotalibus* 23, 4.

(2) V. Demangeat, *De fundo dotali*. (L. 5. § 5, D. *de min.* 4, 4).
Et particulièrement (L. 21, C. *ad sen. Vell.* iv, 29).

voie de la *procuratio in rem suam*, les accessoires suivent la créance dans les mains du tiers, à l'exception cependant, d'après quelques auteurs, du *privilegium personale* de l'époque classique, qui, étant établi en faveur de la femme elle-même, lui resterait toujours avec son caractère d'incessibilité. Mais il nous paraît que cette distinction ne doit pas être admise, et que le *privilegium personale* lui-même, doit profiter au *procurator in rem suam*. Le *procurator* agit au nom de la femme et non pas en son nom; pourquoi ne pourrait-il pas invoquer tous les droits qu'elle pourrait invoquer elle-même? Il est vrai que la *condemnatio* tourne au profit du *procurator*, mais c'est au nom de la femme que l'*intentio* est présentée, et quoique ce ne soit pas elle qui bénéficie de la *condemnatio*, ce sont ses droits que l'on fait valoir.

La femme *sui juris* ayant le droit, à la dissolution du mariage, de réclamer sa dot, acquiert ainsi la faculté d'en disposer à son gré, alors même qu'il s'agit d'une dot profectice, pour le cas où elle viendrait à mourir avant de s'être engagée dans les liens d'un autre mariage. Ainsi cette dot qui en vertu du droit de retour dont nous parlerons bientôt devrait revenir au père, passera dans les mains de l'héritier que la femme aura désigné. On conçoit donc que la fille qui voudrait frustrer son père de la dot profectice pour en faire bénéficier son époux, s'entende avec ce dernier pour divorcer et acquérir ainsi la libre disposition de son bien. Aussi pour éviter cette fraude, le jurisconsulte Ulpien prend soin de dire: « Si une fille émancipée a divorcé pour faire gagner la dot à son mari, et en frustrer son père qui aurait pu gagner la

dot profectice, dans le cas où elle serait décédée durant le mariage, il faudra venir au secours du père pour qu'il ne perde pas cette dot; car le Préteur ne doit pas moins subvenir au père qu'au mari. On devra donc lui donner l'action en répétition de la dot, comme si sa fille était morte durant le mariage (1). »

La femme est-elle *filia familias* au moment de la dissolution du mariage, c'est au père, et au père seul, d'après le droit commun, que devrait appartenir l'action; mais par une dérogation remarquable aux règles de la puissance paternelle, le père ne peut intenter cette action qu'avec le concours de sa fille « *adjunctâ filiae personâ* (2). » Et certes, une semblable disposition ne doit pas nous surprendre, car nous savons déjà que la loi attache assez d'importance à la conservation de la dot pour qu'elle exige le consentement et la participation de la femme, à un acte où il s'agit pour elle de si graves intérêts.

Cette sorte de co-propriété qui s'établit pour la femme pendant le mariage et qui fait dire au jurisconsulte « *quamvis in bonis mariti dos sit, tamen mulieris est,* » nous la retrouvons à la dissolution entre le père et la femme et Julien nous dit: « *Est in causam dotis mulier particeps quasi socia obligationis patri* (3). » Ne soyons donc pas surpris de trouver dans cette situation particulière, l'application d'une règle exceptionnelle.

(1) L. 5, D. H, T.

(2) Ulp. Reg. T. vi, § 6.

(3) L. 54, § 6, D., *de solut.*

Si la dot est adventice, le père en aura l'usufruit jusqu'à ce que la fille contracte un nouveau mariage. Mais il nous paraît résulter des principes et des textes que nous venons de citer, que la fille aura le droit d'exiger du père la restitution de cette dot pour ce second mariage.

Ne pourrait-on pas prétendre qu'il en devait être de même de la dot profectice ? Pourquoi Ulpien dirait-il que même pour la restitution de la dot profectice, le père ne peut agir pour se la faire restituer après le divorce, qu'*adjunctâ filiae personâ*, si la fille n'avait pas un droit acquis sur cette dot ? A quoi bon ce contrôle exorbitant de la fille sur les actes du père, si après la reprise de la dot, le Droit commun recouvrait son empire et si le père redevenait maître absolu de cette dot ? Ce pouvoir absolu du père serait en contradiction, ce nous semble, et avec les termes de la loi 34, § 6, de *Solut*, que nous venons de citer, et avec ceux de la loi 2, § 1, s'exprimant ainsi : « *Quod si in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est.* » Et avec ceux-ci de la loi 3 parlant de la dot « *quæ communis est patris et filiae.* »

La série concordante de ces textes nous confirme dans notre assertion et nous concluons donc, que lorsque le père a obtenu la restitution de la dot, soit adventice, soit profectice, la fille a le droit de dire, que ce qui était sa dot doit le redevenir, si elle contracte un nouveau mariage.

Et si l'on nous demande qu'elle est l'action qui appartiendra à la fille pour forcer son père à lui restituer cette

dot, nous dirons que c'est celle-là même par laquelle le père aurait pu être contraint à lui en constituer une pour son premier mariage. Cette opinion se confirme en outre si l'on examine les termes de la Nouvelle 117. Chap. V, et ceux insérés dans la loi 1, § 14. C. *De rei ux. act.* Justinien en effet paraît poser en principe, que pour la dot adventice et même pour la dot profectice, la fille a le droit d'exiger de son père pour un second mariage, ce qu'elle a obtenu à la dissolution du premier à titre de restitution. Mais Justinien apporte un adoucissement à ce principe rigoureux, et c'est en cela que consiste son innovation; il veut que si le père a perdu sa fortune, il puisse réduire ce que d'après le droit rigoureux, il était tenu de reconstituer à sa fille pour ses secondes noces. On peut se convaincre par la lecture du chap. V, de la Nouvelle 97, que Justinien a entendu sur ce point établir des règles nouvelles; d'où nous pouvons conclure que l'obligation pour le père de restituer tout ce qu'il avait reçu à la dissolution du premier mariage existait d'une manière incontestée avant Justinien, et a même été par lui maintenu en principe.

La présence matérielle de la fille n'est pas exigée, comme cela semblerait résulter des termes *adjunctâ filia personâ*; il suffit de son consentement, même tacite. C'est ce qui résulte de la L. 2, § 2, D. *Sol. Mat.* C'est au moment où l'action est intentée, que ce consentement doit intervenir et si la fille était absente à ce moment là, il faudrait que le père s'engageât à la faire ratifier à son retour. Voilà donc une hypothèse dans laquelle le père agira seul. Il en sera de même dans le cas où la fille serait en démence;

on suppose qu'elle donnerait son consentement si elle était saine d'esprit (1).

A l'inverse, si le père est absent, la fille agira seule à la condition qu'elle s'engage à obtenir de son père la ratification de ce qu'elle aura fait (2). S'il est fou, elle devra répéter la dot avec le concours du curateur donné au père; mais il paraît que ce concours n'était pas nécessaire, puisque la même loi ajoute que si le curateur ne donne pas cette adhésion, la fille pourra agir seule en donnant la caution de *rato*. Cette caution aura pour but d'assurer la ratification du père pour le cas où il pourrait la donner en revenant à la raison.

De l'ensemble de ces lois il résulte que si le père et la fille sont présents; c'est le père qui dirige l'action; mais, qu'en l'absence du père, c'est la fille qui agit quoique *filia familias*.

Le consentement du père et de la fille doit se manifester simultanément, lorsqu'aucune cause légitime ne s'oppose à sa manifestation immédiate; et, dans le cas contraire, dès que la cause qui l'empêche de se produire aura cessé. L'inobservation de ces règles aurait pour effet de laisser encore subsister l'action contre le mari ou ses héritiers, malgré la restitution qui aurait pu avoir lieu.

Il est pourtant des cas dans lesquels la fille pourrait agir absolument seule. Ainsi, par exemple, lorsque la mauvaise conduite du père donnerait à craindre qu'il ne

(1) L. 2, § 2, D. *Sol. Mal.*

(2) L. 22, § 40, D. *eod. t.*

dissipe la dot (1) : la loi se préoccupait, avant tout, de la conservation de cette dot.

Nous avons supposé, dans les hypothèses que nous venons de parcourir, que la restitution de la dot pouvait être demandée immédiatement après la dissolution du mariage; c'est en effet à ce moment là que s'ouvre le droit de la femme. Une exception était cependant apportée à ce principe, exception d'ordre public, et qui était relative au cas où, le mariage étant dissous par le divorce, le mari avait à porter contre sa femme une accusation d'adultère. Cette accusation ne devait être entravée par aucune action de la femme, quelque fondée qu'elle fût, et le droit à la dot se trouvait provisoirement suspendu (2).

Indépendamment du cas normal où la dot est constituée sans aucune réserve au profit du constituant, il peut se faire que la restitution ait été l'objet d'une stipulation. Alors il y a lieu à l'action *ex stipulatu*. Si la stipulation a été faite par la femme elle-même, celle-ci a le choix entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*, et nous verrons combien la première de ces actions est plus avantageuse pour elle que la seconde.

§ II.

Prédictès de la femme.

Les règles sont bien différentes ici, selon que la dot est profectice ou adventice. Dans le premier cas elle re-

(1) L. 22, § 6, D. *Sol. Mat.*

(2) L. 33, C. IX, 9.

vient au père ; dans le second elle est laissée au mari.

La dot profectice est celle qui vient du père , peu importe qu'elle soit constituée par lui-même ou par un autre, mais aux frais du père (1). Ainsi ; supposons que le père ait donné ses biens à son fils, à la charge de doter ses sœurs , la dot n'en est pas moins profectice, parce que le frère n'a rien donné du sien et n'a fait qu'exécuter la condition sous laquelle la donation lui a été faite.

Ce droit de reprise, ce privilège « *si plein d'équité qu'il est comme de droit naturel* » dit Domat, semble avoir été accordé au père en compensation de l'obligation dans laquelle il se trouve de doter sa fille. C'est là même l'opinion de certains auteurs : nous ne la suivrons pas et nous croyons, quant à nous, que cette faveur établie à l'égard du père est due à un motif de sentiment. Ce qui nous confirme dans cette idée, c'est que nous trouvons le droit de retour dans des cas où n'a jamais existé l'obligation de doter : il ne peut pas y avoir de compensation à établir, l'un n'étant pas le corollaire de l'autre.

Ainsi la loi 19 *de ritu nuptiarum* nous dit que le père est obligé de doter les enfants qu'il a sous sa puissance. Rien ne nous autorise à étendre aux autres enfants cette disposition rigoureuse ; elle doit s'entendre limitativement. Par conséquent, on en doit conclure que le père n'est pas obligé de constituer une dot à sa fille émancipée. Si cependant, de son bon gré, il lui en constituait une, cette dot, venant de lui, ne serait pas moins profectice que dans le cas où elle est constituée en faveur d'un en-

(1) L. 5, D. de Jure dot.

fant en puissance (1); elle devrait donc être soumise au droit de retour. Preuve évidente, selon nous, que ce droit n'a pas été établi comme compensation de l'obligation de doter. Le véritable motif nous est indiqué par Pomponius d'une manière un peu brutale, mais qui nous révèle une fois encore le lien étroit qui unissait, chez les anciens Romains, les nobles aspirations du cœur aux intérêts purement pécuniaires. Le jurisconsulte ne semble-t-il pas dire, que pour eux le chagrin paraissait devoir être bien moindre, lorsqu'après avoir perdu leur fille ils recouvraient la dot qu'ils lui avaient constituée. « *Jure succursum est patri* », nous dit le jurisconsulte « *ut filiâ amissâ, solatii loco cederet si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filie amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (2). »

En Droit romain comme en Droit français, c'est l'intention du donateur que l'on recherche et c'est d'elle que l'on se préoccupe en faisant revenir au père la dot lorsque le but en vue duquel il l'avait constituée, ne peut plus être atteint. A ce point de vue cependant, la loi française a mieux interprété les sentiments du père que la loi romaine, lorsqu'elle n'a accordé le droit de retour que dans le cas de prédécès de la postérité du donataire.

Telles sont les règles suivies pour la dot profectice, dans le cas de prédécès de la femme. Dans cette même hypothèse, la dot adventice reste au mari, à moins cependant qu'il ne fût lui-même l'auteur du décès de la femme, auquel cas il est évident qu'il ne pourrait profiter de son

(1) L. 5, § 11, D. de Jure dot.

(2) L. 6, pr. D. de Jure dot.

crime. La même décision serait applicable à la femme dans le cas où elle aurait donné la mort à son mari : elle serait comme lui, exclue de son droit à la restitution.

Ainsi donc, sous le droit des Pandectes, la dot adventice pouvait appartenir, à la dissolution du mariage, tantôt au mari, tantôt à la femme, suivant le prédécès de l'un ou de l'autre ; et telle fut en effet la règle suivie jusqu'à la constitution de Justinien qui forme la loi Un. C. 5, 13, dans laquelle l'Empereur déclare que la dot adventice sera régie, quant à sa constitution, par les mêmes règles que la dot profectice. L'action de dot, dans le cas de prédécès de la femme, doit passer à ses héritiers parce qu'elle est toujours censée en avoir stipulé le retour (1).

Quant à la dot réceptice, elle est soumise ici aux règles qui la régissent dans le cas où c'est le mari qui prédécède ; nous n'avons donc rien à ajouter sur ce sujet à ce que nous avons dit plus haut : la dot réceptice revient dans les deux cas au constituant qui en a stipulé le retour.

(1) L. Un. § 6 et 13, C. 5, 13.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES QUI DOIVENT LA RESTITUTION.

Lorsque la restitution de la dot n'a été l'objet ni d'une stipulation, ni d'un pacte au profit du constituant, c'est par l'action *rei uxoriæ* qu'elle doit être poursuivie. Nous avons à nous demander quelles sont les personnes qui pourront être atteintes par l'exercice de cette action.

Nous devons trouver évidemment une corrélation parfaite entre les personnes qui peuvent recevoir une dot et celles qui sont ensuite dans l'obligation de la restituer. Aussi de même que nous avons vu le mari ou celui sous la puissance duquel il se trouve, être les seuls à recevoir une dot, nous devons en conclure que ce sont aussi les seuls contre lesquels puisse être intentée l'action en restitution. Il y a donc lieu de distinguer seulement entre ces deux personnes, et dans la personne du mari, il faut examiner le cas où le mari est *sui juris* et le cas où il est *alieni juris*.

La dot a-t-elle été constituée au mari *sui juris*, elle est entrée dans son patrimoine, et c'est contre lui seul que l'action *rei uxoriæ* pourra être intentée, sans qu'il

y ait à distinguer (1) si c'est lui-même qui a reçu la dot ou une autre personne placée sous sa puissance et agissant avec son consentement. Le mari était-il *alieni juris* au moment de la constitution de dot : plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Ou bien la dot a été reçue par le père sous la puissance duquel se trouvait le mari, et alors c'est contre le père seul que l'action *rei uxoriæ* pourra être intentée ; à moins cependant que le mari ne soit devenu l'héritier de son père, cas dans lequel il serait tenu des obligations de ce dernier. Ou bien la dot a été reçue par le mari lui-même, *filius-familias*. Ici, par application des principes généraux en vertu desquels le fils de famille s'oblige comme un *pater-familias*, par toutes les causes d'obligations, et peut être directement actionné pour les obligations qu'il a contractées (2), l'action *rei uxoriæ* devra être intentée contre lui.

Mais, sera-ce contre lui seul et ne pourra-t-elle jamais être intentée contre l'ascendant sous la puissance duquel se trouvait le mari au moment de la constitution ? D'après la rigueur du Droit civil, le *pater-familias* ne pouvait être tenu des obligations contractées par les personnes soumises à sa puissance ; mais le Droit prétorien vint adoucir ces principes et permit, par les actions *quod jussu*, *de peculio* et *de in rem verso*, de recourir directement contre le maître pour les obligations contractées par les personnes *alieni juris*. Ainsi, en appliquant ces principes à notre question, le fils de famille

(1) Ulp. L. 22, § 12, D. *Sol. mat.*

(2) L. 39, D. *de oblig. et act.* L. 141, § 2, de *Verb. oblig.*

a-t-il reçu la dot sur l'ordre direct de son père, l'action *rei uxoriæ* transformée en action *quod jussu* pourra être intentée contre le père *in solidum*. A-t-il reçu la dot sans l'ordre de son père, l'action *rei uxoriæ*, transformée en action *de peculio et de in rem verso*, pourra être intentée contre le père jusqu'à concurrence du profit qu'il aura retiré de la dot, ou au moins, s'il n'en a point profité, jusqu'à concurrence du pécule (1), en y faisant entrer tout ce que la femme doit à son mari (2).

L'obligation de restituer la dot dont le mari ou le père peuvent être tenus, est transmissible à leurs héritiers ou autres successeurs (L. 22, § 13 et 31, pr. eod.), sans qu'il soit nécessaire pour cela, qu'ils aient été mis préalablement en demeure de restituer.

Si le mari est seul héritier de son père, il sera tenu *in solidum* de l'obligation de rendre la dot; n'est-il héritier que pour partie, il ne sera tenu qu'en proportion de sa part héréditaire.

Supposons que le père qui a reçu la dot vienne à mourir, *constante matrimonio*, laissant son fils, le mari, héritier pour partie, ou bien exhérédé. Celui-ci pourra prélever sur sa succession la dot de sa femme en totalité, car c'est désormais sur lui seul que pèsent les charges du mariage; son père qui les avait supportées jusque-là n'existant plus. Or, la dot doit toujours rester là où se trouvent les *onera matrimonii*; il pourra donc la prélever

(1) L. 22, § 12, D. *Sol. mat.*

(2) L. 25, *eod.*

pour y subvenir. Mais comme ses cohéritiers n'en resteront pas moins tenus, chacun pour leur part héréditaire, de l'obligation de restituer la dot à la femme après le divorce, ceux-ci pourront exiger du mari, qui voudra opérer ce prélèvement qu'il leur donne caution de les défendre, contre l'action en restitution de la dot, que la femme pourrait plus tard intenter contre eux (1). Remarquons au surplus, que le mari exercera ce prélèvement dans les limites seules de l'obligation que la réception de la dot aura fait naître pour le père. Donc, si la dot a été livrée au père lui-même, le mari pourra la *prélever* en totalité; mais si c'était le fils qui l'eût reçue sans l'ordre de son père, le prélèvement devrait se borner au pécule ou au profit que le père en aurait retiré.

Ulpien (2) nous fournit une autre hypothèse semblable : un fils de famille marié a été institué sous condition héritier de son père, qui avait lui-même reçu sa dot; l'action en restitution ne pourra pas, provisoirement, être intentée contre le mari, si celui-ci a divorcé avant la mort de son père, et il ne pourra lui-même prélever sur la succession le montant de la dot, car n'ayant pas eu à supporter les charges du ménage, il n'a pas droit à l'émolument de la dot. Mais, bien qu'héritier conditionnel, il pourra prélever, *pendente conditione*, sur la succession de son père, la dot destinée à acquitter les *onera*, si le divorce a eu lieu après la mort du père. Quant à la femme, elle ne pourra, dans l'espèce, agir en répétition contre le mari, qu'après l'arrivée de la condition sous

(1) L. 20, § 2, D. *fam. ercis.*

(2) L. 46, D. *fam. erc.*

laquelle il a été appelé à l'hérédité. Ces deux choses, droit de prélèvement du mari et exercice de l'action de la part de la femme, sont donc parfaitement distinctes et indépendantes l'une de l'autre.

Nous devons signaler, en terminant ce chapitre, une dérogation importante en matière de restitution de dot, aux règles de déchéance de la *capitis deminutio*. On sait que le *capite minutus* n'est, d'après le droit strict, tenu d'aucune action, et cependant la loi 8 (1), déclare que c'est au mari, même ayant subi une *capitis deminutio* que devra être demandée la dot. « *Eas obligationes, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur* » nous dit le texte « *palam est capitis deminutione non perire. Itaque de dote actio, quia in bonum et æquum concepta est, nihilominus durat etiam post deminutionem.* » Les mots *naturalem præstationem* ont donné lieu à diverses interprétations. Savigny prétend qu'ils signifient prestation en nature; M. Pellat les traduit par : prestations conformes aux lois de la nature, et se rapproche ainsi du sens que l'on doit donner à la fin du texte. Dans tous les cas, il n'est pas besoin dans l'action *rei uxoriæ*, de l'intervention du Préteur pour obtenir une *restitutio in integrum* et agir contre le *capite minutus*; le Droit civil lui-même maintient l'action.

La captivité chez l'ennemi ne donnait pas lieu à l'exercice de l'action en répétition de dot, à cause de l'espérance que l'on avait dans le retour du prisonnier, auquel il aurait fallu appliquer, dans ce cas, les règles du *postliminium*.

(1) L. 8, D. de cap. dem. 4, 5.

Deuxième Partie.

Objet et époque de la Restitution.

Si nous confondons sous la même rubrique deux points qui au premier abord paraissent très-distincts, c'est à cause de l'influence qu'exerce la nature de l'objet à restituer, sur l'époque à laquelle la restitution doit avoir lieu. Nous nous occuperons donc simultanément de l'objet à restituer et de l'époque de la restitution.

L'objet à restituer dépend de la manière dont la constitution a été faite. Ce n'est pas, en effet, seulement la nature de l'objet constitué qui peut faire varier le mode de la restitution, c'est aussi l'aspect sous lequel cet objet a été considéré par les parties, et ce sont enfin les modalités qui ont pu être ajoutées aux règles ordinaires rela-

tives à la restitution, comme par exemple, si la restitution porte sur une dette alternative, ou facultative.

La division la plus simple en même temps que la plus logique est celle qui se rattache à la nature des droits constitués en dot; or, la dot a pu être constituée soit par la création d'un droit de propriété au profit du mari, soit par la translation d'un démembrement du droit de propriété, soit par l'établissement d'une créance au profit du mari. Chacun de ces droits sera l'objet d'un chapitre spécial. Il est bien entendu que nous ne traiterons ces diverses matières, qu'en les prenant dans leur état ordinaire, nous ne nous proposons pas de faire ici une étude sur les nombreuses hypothèses prévues dans le Digeste, sous la rubrique *de pactis dotalibus*.

CHAPITRE PREMIER.

CONSTITUTION D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Nous n'avons pas à nous demander si le titre de *dominus* accordé au mari doit lui être conservé, malgré les restrictions nombreuses apportées à ce droit de propriété. Nous acceptons ce titre tel qu'il est donné

au mari dans tous les textes, et nous lui conservons ce nom de propriétaire, dans tous les cas où on lui a transféré un objet, sans déroger expressément au droit commun. Cependant nous savons que, suivant les circonstances, le mari peut être considéré comme un véritable propriétaire; il en est ainsi notamment lorsque la dot consiste en choses estimées ou en choses fongibles; ou bien qu'il peut n'avoir qu'une propriété à laquelle sa femme participe. jusqu'à ce point que l'on peut dire ce que nous avons dit plus haut « *est in causam dotis mulier particeps, quasi socia obligationis patri.* » Ces différences, nous allons les voir se produire en étudiant les conditions dans lesquelles la restitution doit avoir lieu.

SECTION I.

Immeubles.

Nous n'avons pas à nous demander ici quels sont les immeubles inaliénables ou aliénables, quels sont les procédés défendus ou permis. Nous devons nous placer dans l'hypothèse où il n'y a pas de doute sur ces divers points. Et nous nous demandons d'abord ce qui arrivera, si l'immeuble n'a pas été aliéné. Nous verrons ensuite quels sont les droits de la femme dans le cas où l'immeuble a été indûment aliéné; enfin, nous pourrons nous demander quel sera le droit de la femme, dans le cas où

l'immeuble se sera trouvé dans une des hypothèses spéciales, où, contrairement au droit commun, l'aliénation doit être respectée.

A. — *L'immeuble n'a pas été aliéné.*

La dissolution du mariage aura pour conséquence immédiate, d'obliger le mari à la restitution de cet immeuble. Il devra restituer, avec l'immeuble, tous ses produits et accessoires qui n'ont pas le caractère de fruits. Ainsi, y a-t-il eu accroissement par alluvion, l'usufruit s'est-il réuni à la nue propriété constituée en dot, tout cela entrera dans l'action *rei uxoriae*. Il restituera aussi tout ce qu'il aurait pu acquérir à l'occasion de la chose dotale; ainsi devra-t-il restituer la moitié du trésor trouvé sur le fonds dotal, moitié qu'il aurait touché comme propriétaire. S'il avait lui-même découvert ce trésor, il en garderait définitivement la moitié, et ne serait tenu de restituer à la femme que l'autre moitié, à laquelle il n'aurait pas eu droit comme inventeur (1). Entrera pareillement dans la restitution tout ce que le mari aurait pu enlever du fonds dotal, et qui n'ayant pas le caractère de fruit, aurait dû rester partie intégrante du fonds; il en devra rendre compte à la femme dans l'action dotale comme ayant dégradé le fonds « *quasi fundum deteriorem fecerit.* » Il en serait ainsi, s'il avait abattu des arbres qui

(1) L. 7, § 42, D. *Sol. Mat.*

n'étaient ni *caduces* ni *cremiales*, comme, par exemple, des futaies, etc. Mais, en ce qui concerne les produits qu'il aurait retirés, pendant le mariage, d'une carrière soit déjà ouverte sur le fonds au moment de la constitution de dot, soit mise par lui en exploitation depuis cette époque, ils ne seront pas sujets à restitution : les jurisconsultes romains n'ont pas vu là des portions de la chose dotale (1).

Avec le fonds, le mari doit restituer les fruits produits par le fonds, avant qu'il ne fût devenu dotal par la tradition qui lui en aurait été faite *post nuptias*. De même, il doit restituer les fruits produits depuis la dissolution de l'union conjugale. Quant à la dernière année, il retient des fruits, une part proportionnelle à la durée du mariage pendant cette année; et l'on comptera soit depuis ce jour anniversaire du mariage, si le fonds a été livré au mari ce jour-là, soit du jour où le fonds lui a été livré, si la tradition ne lui en a été faite qu'après le mariage (2).

Que décider des fruits qui ne se renouvellent pas tous les ans, comme par exemple les bois taillis ? Supposons une coupe devant se faire tous les cinq ans ; le mariage n'a-t-il duré qu'un an, depuis que le fonds qui les a produits a été donné en dot au mari, et la coupe de bois a-t-elle été faite cette même année, il n'en pourra retenir que le cinquième. Le mariage n'a-t-il duré que six mois, il en retiendra le dixième.

(1) L. 18, D. *De fundo dot.*

(2) L. 6, D. *Sol. Mat.*

Le mari, considéré comme maître de la dot, est tenu d'apporter à la conservation des choses dotales le même soin qu'à ses propres affaires : *In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causâ suâ dotem accepit, sed etiam diligentiam præstabit, quam in rebus suis exhibet* (1). Il n'est donc tenu en général que de la *culpa levis in concreto*, c'est du moins ce qui semble résulter de la loi 23 *D. de reg. juris*. Dans cette loi, Ulpien indique le degré de responsabilité attaché aux divers contrats ; il en cite deux dans lesquels le débiteur est tenu seulement de son dol : le dépôt et le précaire. Dans les autres, le mandat, le commodat, la vente, le louage, la dot, etc., le débiteur répond à la fois de son dol et de sa faute. Cette faute s'apprécie *in abstracto* pour le mandat, le commodat, la vente, le gage, le louage et la gestion d'affaires ; mais le mari était traité en ce qui concerne la dot, comme l'associé, et responsable de la *culpa in concreto*.

Pourquoi, n'exigerait-on pas que le mari répondit de sa *culpa in abstracto*, puisque cette faute est encourue en général dans les contrats où le débiteur ne rend pas un service purement gratuit ? Peut-on dire que le mari ne retire aucun bénéfice de la dot, alors que c'est lui qui en perçoit tous les revenus et qui profite du plus ou moins d'extension qu'il peut leur donner au moyen d'une bonne administration ? Il semble que cette solution, autorisée par les principes généraux, doive être adoptée ici. Mais

(1) L. 17, D. *De jure. dot.*

les textes admettent la solution contraire qui, elle aussi, s'explique très-bien, si l'on accepte la théorie moderne des fautes qui admet que le débiteur est responsable seulement de la *culpa levis in concreto*, lorsqu'il a une *causa gerendi*. Il y a, en effet, quelque chose d'analogue avec la situation du sociétaire ou du communiste, dans la situation du mari par rapport à la dot. Ce n'est ni exclusivement pour lui, ni exclusivement pour sa femme que la dot est constituée: c'est dans l'intérêt commun et pour supporter les charges du ménage. Le mari a donc, comme l'associé ou comme le communiste, un intérêt personnel à la bonne administration de la dot; il a comme eux une *causa gerendi*, il doit être soumis, par conséquent, au même degré de responsabilité.

Mais cette responsabilité peut s'aggraver ou s'atténuer suivant les circonstances. Elle peut s'aggraver d'abord par la mise en demeure du mari, et aussi par l'effet de l'estimation de la dot, avec déclaration que cette estimation ne vaut pas vente. Dans le cas de mise en demeure du mari, la loi 25, § 2. D. *Sol. Mat.*, dit qu'il est responsable de toute détérioration, même par cas fortuit; mais nous admettons avec Wangerow, Mulhenbrück, Molitor et Pellat qu'il ne s'agit ici que des cas fortuits qui ne se seraient pas produits, si la remise avait eu lieu, conformément à la doctrine admise par le Droit français (art. 1502 C. civ.) (1).

(1) L. 40; D. *de hered. pet.* — L. 15, § 3, *De rei vend.* — L. 14, § 1, *depositi*.

Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse où l'immeuble, constitué en dot, n'avait été l'objet d'aucune clause particulière relativement aux risques à encourir par le mari ; mais il arrivait souvent que, par précaution et pour fixer à l'avance le montant de la restitution en cas de perte totale ou partielle, on estimait l'immeuble, lors de la constitution, en déclarant que l'estimation ne vaudrait pas vente (1). L'effet de cette estimation était d'augmenter la responsabilité du mari à tel point qu'il était tenu non pas seulement de la faute *in concreto*, comme dans le cas ordinaire où il n'y avait pas eu estimation, mais de la faute *in abstracto*, c'est-à-dire de celle que n'eût pas commise un bon père de famille. Cette décision ressort d'un texte d'Ulpien, la loi 52, § 3, *D. pro socio*, où il est dit que l'associé qui a reçu une chose avec estimation, lorsque cette estimation ne doit pas valoir vente, est tenu de la *custodia*, c'est-à-dire de la *diligentia in custodiendo*, qui comporte une vigilance plus grande que celle que l'on porterait à ses propres affaires. La responsabilité du mari par rapport aux choses dotales est la même que celle de l'associé relativement aux choses de la société. Lors donc qu'une chose a été donnée en dot, sans que l'estimation vaille vente, il faut décider pour cette chose, comme nous l'avons fait dans l'hypothèse analogue en matière de société, et dire pour le mari comme pour l'associé, qu'il devient responsable de sa *culpa levis in abstracto*, par le fait de cette estimation qui ne vaut pas vente.

(1) L. 5, C. *De jure dol.* L. 21, C. *Eod.*

B. — *L'immeuble a été indûment aliéné.*

Sous l'empire de la loi Julia, l'aliénation était indûment faite lorsqu'elle avait eu lieu sans le consentement de la femme. Le droit de Justinien se montre plus sévère, et assimilant l'aliénation à la constitution d'hypothèque, il déclare l'aliénation nulle lors même qu'elle a été faite avec le consentement de la femme. Le mari sera donc tenu, dans ce cas, de restituer l'immeuble même et non sa valeur ; et si l'action en revendication n'est pas intentée par lui à la dissolution du mariage, elle passera à la femme. Celle-ci pourra l'exercer tant qu'elle conservera son droit à l'action *de dote* (1) et ses héritiers l'exerceront à son défaut et dans les mêmes conditions (2).

Aucun des deux conjoints n'exercerait valablement l'action en revendication pendant le mariage, l'un n'ayant droit, pendant cette époque, à aucune action dotale, l'autre étant dans l'impossibilité d'agir à cause de la maxime, sévèrement appliquée chez les Romains : « *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (3). »

Une fausse interprétation de la loi 30, C. *de Jure dot.* a amené certains auteurs à croire que le droit de reven-

(1) L. 3, § 1, *De fundo dot.*

(2) L. 43, *eod.*

(3) Le droit moderne a permis au mari d'attaquer pendant le mariage la vente du bien dotal, sauf à rester soumis aux dommages-intérêts de l'acheteur, si celui-ci a été trompé.

dication accordé à la femme ou à ses héritiers contre l'acquéreur du fonds dotal, a été introduit par Justinien et qu'avant les constitutions insérées dans cette loi 30, le droit de la femme se réduisait à une action personnelle privilégiée contre le mari, pour être indemnisée. La cause de cette erreur vient de ce que la loi 30 accordait à la femme un droit de revendication sur ces biens dotaux, ou, à son gré, une hypothèque privilégiée : donc, a-t-on dit, ce droit n'existait pas auparavant. Mais Justinien n'a pas innové, il a seulement appliqué le droit de revendication de la femme, tant aux meubles qu'aux immeubles et tant aux immeubles estimés qu'à ceux non estimés. Avant lui, en effet, il n'y avait de revendication ni pour les meubles aliénés par le mari, ni pour les immeubles estimés. Ces dispositions sont toujours conformes à la nature des droits de la femme sur les biens dotaux et au désir constant du législateur de protéger la conservation de la dot. Il résulte d'ailleurs de cette même loi 30, que la femme a le choix entre l'action en revendication contre les acquéreurs du bien dotal, et l'action en indemnité contre son mari. Ajoutons que la Nouvelle 61, chap. 1, § 12, permet à la femme de valider l'aliénation du fonds dotal, même du vivant de son mari, en réitérant son consentement deux ans après l'aliénation, et à la condition que le mari restera assez solvable pour lui restituer la valeur de son aliénation à la dissolution du mariage.

C. — *Restitution de l'immeuble aliéné dans les cas exceptionnels où l'aliénation doit être respectée.*

Il est certaines hypothèses dans lesquelles l'immeuble doit être forcément aliéné. Nous trouvons un cas d'aliénation nécessaire dans la loi 1, *pr.* D. 39, 2 : Il faut supposer que le mari n'ayant pas fourni la *cautio damni infecti*, le voisin menacé a obtenu du Préteur l'envoi en possession définitif.

M. Demangeat (1) voit un autre cas d'aliénation nécessaire, dans l'hypothèse où le mari, exerçant l'action en revendication, doit se contenter d'un équivalent en argent. Dans ce cas en effet, dit M. Demangeat, si la chose existe et que le propriétaire ne puisse pas se la faire livrer *manu militari*, quoiqu'il la voie et qu'elle se trouve en sa présence, il est certain qu'il y a là une véritable aliénation forcée. Mais l'observation de M. Demangeat repose, d'après nous, sur un principe faux, à savoir que la *manus militaris* est refusée alors même qu'elle pourrait s'exécuter matériellement. Nous pensons, quant à nous, que toutes les fois que la *manus militaris* est matériellement possible, le revendiquant peut en user. C'est en effet ce qui ressort de la loi 68, D. 6, 1. *De rei vendic.* dans laquelle il est dit ceci : « *Qui restituere jussus... si quidem habeat rem, officio judicis ab eo possessio transfertur.* » Il ne peut donc pas y avoir d'aliénation forcée de l'objet dotal. Si la revendication n'aboutit pas à la

(1) *De fundo dotali*, p. 420 et s.

restitution, c'est que cette restitution est matériellement impossible, l'objet ayant disparu. Il n'y a donc pas ici d'aliénation forcée, mais seulement perte de l'objet. Il est vrai que cette perte de l'objet est plus difficile à concevoir en ce qui concerne les immeubles qu'en ce qui concerne les meubles ; mais en supposant que l'immeuble dotal vienne à périr, ce qui peut avoir lieu, par exemple, pour une maison, on appliquerait les principes que nous venons d'exposer. En tout cas, il y aurait perte de l'objet, mais il n'y aurait jamais aliénation forcée. Il est bien entendu que nous n'avons pas à nous préoccuper de l'usucapion puisque le fonds dotal était imprescriptible et que c'était là une conséquence de son inaliénabilité parfaitement reconnue par les textes. Ajoutons aux divers cas d'aliénation nécessaire que nous avons déjà cités, celui qui nous est indiqué par la loi 78, D. *De Jure dot.* Voici l'hypothèse : la femme a donné en dot la part d'un fonds qu'elle possédait en commun avec un autre propriétaire ; celui-ci intente contre le mari l'action *communidividundo* et l'aliénation devient nécessaire. Dès lors, ou bien le fonds sera partagé en deux parts distinctes, qui seront attribuées chacune à l'un des deux propriétaires, ou bien il sera vendu à un étranger et le prix partagé entre les deux propriétaires, ou enfin, le mari se rendra adjudicataire. Dans les deux premiers cas, le mari s'étant trouvé en face d'une aliénation nécessaire, devra restituer à la place de l'objet aliéné, l'argent qu'il a touché et il aura pour cette restitution les délais fixés pour la restitution des quantités (*annuâ, bimâ, trimâ die.*). Dans le dernier cas, si le fonds en entier est adjugé au mari, il

devra restituer non-seulement la partie qui était dotale, mais aussi la partie adjugée, comme étant acquise à l'occasion d'une chose dotale. Ni lui ni la femme ne pourront se refuser à cet engagement équitable; seulement, d'après Tryphonius et Julien, la partie reçue en dot étant la seule dotale, le mari pourrait se soustraire à l'obligation de rendre l'autre partie en l'aliénant et la remettant ainsi dans l'indivision.

SECTION II.

Meubles.

A. — *Cas où il n'y a pas eu d'ahénatio.*

Nous dirons des meubles non aliénés ce que nous avons dit des immeubles : le mari doit les rendre en nature et si cette restitution ne peut avoir lieu, il doit rendre ce qui reste, ou bien les droits qui peuvent compter à la place. Quand même le meuble constitué en dot appartiendrait à autrui, ce ne serait pas un motif pour en refuser la restitution à la femme (1), et quand même le mari l'aurait usucapé contre le véritable maître, c'est seulement à la femme que profiterait encore l'usucapion.

(1) L. 41, *Sol. Mat.*

B. — *Aliénation valablement faite.*

La prohibition d'aliéner ne s'étend pas aux meubles ; de sorte que l'aliénation a pour effet de rendre le mari débiteur d'une somme d'argent égale à la valeur des meubles aliénés.

Dans le cas d'une aliénation gratuite, on appliquerait les mêmes règles que lorsque la chose a péri par la faute du mari, et l'on ferait restituer la valeur qu'avait le meuble au moment où il a été aliéné.

La responsabilité du mari à l'égard des meubles dotaux, est la même qu'à l'égard des immeubles, et cette responsabilité peut être également modifiée par la clause de l'estimation sans vente : nous renvoyons pour cela à la section précédente.

Quant à ce qui concerne les fruits de la dot mobilière, les règles sont encore les mêmes que pour les fruits de la dot immobilière ; car, dans un cas comme dans l'autre, ils sont considérés comme l'équivalent des charges du ménage.

Ainsi le mari percevra le croit des animaux, il acquerra également tout ce que peut acquérir l'esclave dotal, suivant sa destination. Si donc, l'esclave est employé à une exploitation, s'il place à intérêt l'argent du mari, s'il loue ses services à un tiers, s'il acquiert pour le mari, s'il vend même la chose du mari : les bénéfices de ces opérations diverses doivent être employés à faire face aux

besoins du ménage et ne sont point compris dans la restitution. Il n'en serait pas de même des legs et des hérédités qui lui seraient déferés : ceci accroît à l'esclave comme capital et le mari est assimilé à l'usufruitier. Cette assimilation complète du mari à l'usufruitier est un point sur lequel tous les jurisconsultes n'étaient pas d'accord, lorsqu'il s'agissait de savoir à qui l'on devait attribuer les enfants des femmes esclaves. Elle était admise par la plupart des jurisconsultes ; mais nous sommes portés à croire que Julien n'était pas de cet avis et qu'il attribuait au mari, non-seulement ce que l'on aurait attribué à un simple usufruitier, mais aussi le part des esclaves et même les legs ou les hérédités venus à l'esclave pendant le mariage. Dans les lois 47 *De Jure dot.* et 31, § 4 *Sol. Mat.*, ce Jurisconsulte ne fait prévaloir le droit de la femme que lorsqu'il s'agit de legs, d'hérédités ou de part d'esclaves, venus à l'esclave avant le mariage ou après le divorce. Donc, à *contrario*, pour ces sortes d'acquisitions survenues pendant le mariage, c'est le droit du mari qui doit l'emporter. Cette opinion de Julien est conforme, du reste, aux principes en matière de dot ; le mari est plus qu'un usufruitier par rapport à la dot : il est appelé propriétaire. En restituant à la femme l'esclave dotal, il lui transfère la propriété de l'esclave même et des choses acquises par lui ; il fait plus, par conséquent, qu'un simple usufruitier qui se borne à remettre au nu-propriétaire la possession des choses sur lesquelles l'usufruit était établi. Cela posé, dit M. Pellat (1), on conçoit que Julien ait vu

(1) Pellat, *Textes sur la dot* : sur la loi 31, § 4, D. *Sol. Mat.*

quelque difficulté à réduire le mari à la condition d'usufruitier simple des choses dotales.

SECTION III.

Choses fongibles ou constituées avec estimation.

Lorsque le mari a reçu en dot des choses *in genere*, comme de l'argent ou des choses destinées à se consommer par l'usage, *quæ numero, pondere, mensurâve constant*, il en acquiert la propriété dans toute l'étendue de ce mot et devient débiteur envers sa femme de choses égales en quantité et qualité. Ces choses périssent-elles même sans sa faute, son obligation de les restituer n'en subsiste pas moins : *Genera non pereunt*.

L'acceptilation était souvent employée dans les constitutions de dot; et ce procédé était considéré comme une *datio*.

Voici par quelle fiction on arrive à constater ce résultat, bizarre au premier abord : celui qui fait remise de la dette est censé recevoir par tradition l'objet qui lui est dû, et en faire une nouvelle tradition à son débiteur. Si nous appliquons cette théorie au mari, nous voyons que devenu, ou plutôt resté propriétaire de l'objet de la dette, il en doit restituer le *quantum* à la dissolution du mariage.

CHAPITRE II.

DOT CONSISTANT EN UN USUFRUIT.

On pouvait constituer en dot, non-seulement le droit de propriété lui-même, mais aussi un démembrement de ce droit, et, notamment, un usufruit. Nous avons à examiner ce dernier point. Nous ne nous occuperons pas du cas où un usufruitier cède au mari son droit sur le fonds d'autrui, car il n'y a pas là une constitution d'usufruit à proprement parler, mais seulement une vente des fruits. Ce que nous avons à étudier, c'est le cas où un propriétaire a constitué au mari un droit d'usufruit sur son fonds. Alors le mari devient propriétaire des fruits qu'il perçoit, et lorsqu'arrive la dissolution du mariage, il se trouve débiteur du droit lui-même (1).

La restitution de ce droit donne lieu à certaines difficultés que nous allons chercher à résoudre, en les rattachant à quatre hypothèses distinctes :

1° Nous supposons, pour que la difficulté surgisse, que la femme n'a pas la nue propriété du fonds dont le

(1) L. 7, § 2, D. 23-5.

mari a reçu l'usufruit en dot ; si, en effet, la femme est propriétaire, l'usufruit se réunissant à la pleine propriété, fait naturellement retour à la femme : nous n'insistons pas. Mais la question se présente quand la propriété appartient à une autre personne que la femme, car nous savons que la cession faite par l'usufruitier, à un autre que le nu propriétaire, est sans effet (*nihil agit*) tout au moins vis-à-vis du cessionnaire (1).

Il faudra donc, pour que la femme profite de la restitution, user d'expédient. Nous en trouvons un indiqué dans la loi 66, D. *de jure dot.* : à l'époque du divorce, le mari louera ou vendra fictivement, *nummo uno*, l'usufruit à sa femme, de telle sorte qu'il gardera le titre d'usufruitier, et que les avantages en seront transférés à la femme.

2^o *La femme abandonne un usufruit qu'elle a sur les biens de son mari.* — L'effet de cet abandon est d'éteindre, par consolidation ou confusion le droit d'usufruit. A partir de ce moment, le mari jouira du fonds comme propriétaire, et ne sera pas exposé, comme l'usufruitier, à perdre son droit par le non-usage (2).

Si le divorce survient, le mari ne restituera pas, à proprement parler, l'usufruit qu'il a reçu ; cet usufruit s'est éteint. Mais, étant propriétaire, il constituera à la femme un nouvel usufruit, équivalent à l'ancien.

Si le mariage est dissous par la mort de la femme, le mari reste définitivement plein propriétaire. C'est à ce

(1) Inst. L. 11, T. IV, § 5.

(2) L. 78, Pr. D. 23-3.

dernier titre et non à titre de mari qu'il gagne la dot ; par conséquent, ne retirant aucun émolument, il ne contribuera point aux charges diverses qu'entraîne la dissolution, et, par exemple, aux frais funéraires de sa femme, comme cela avait lieu d'ordinaire à l'époque classique, lorsqu'il gagnait la dot.

3° *Le père abandonne un usufruit sur le fonds de son gendre* (1). — Ici la dot est profectice : elle retourne donc au père si la fille meurt *in matrimonio* et le mari devra reconstituer au père un nouvel usufruit.

4° *La femme est propriétaire et constitue un usufruit sur son fonds.* — La loi 78, *eod.*, § 2, prévoit cette hypothèse, et voici comment elle raisonne : ici, dit-elle, le mari acquiert un véritable droit d'usufruit, qu'il pourra perdre par deux ans de non-usage. Si cette perte a lieu, la femme restera-t-elle ou non dotée, et pourra-t-elle ou non, après le divorce, redemander sa dot ? Il faut distinguer : si la femme est propriétaire au moment où l'usufruit est perdu, la consolidation se produit, et la femme, recouvrant sa dot, n'a rien à redemander. N'est-elle plus propriétaire ? La consolidation ne peut se produire, et le droit de la femme se résout en une indemnité contre le mari.

Le § 3 de la loi 78, prévoit l'hypothèse où la femme vend son fonds au mari lui-même, et le jurisconsulte distingue, pour déterminer quel sera l'objet de la restitution, lors du divorce, si le prix de la vente a été fixé d'après la valeur de la nue propriété, ou d'après celle de

(1) L. 78, § 1^{er}, D. 23-5.

la pleine propriété. Dans le premier cas, la femme peut demander le prix de l'usufruit ; mais si le mari vient à mourir avant le *litis-contestatio*, cet usufruit est éteint, et les héritiers du mari ne doivent rien à la femme. Dans le second cas, la femme a recouvré sa dot durant le mariage, et n'a plus rien à réclamer de son mari.

CHAPITRE III.

§ 1^{er}. — *Dot promise au mari, c'est-à-dire consistant en une créance non réalisée.*

Lorsque la dot a été promise par *dictio* ou par *promissio*, et que le moment de la restitution arrive, il peut se présenter deux hypothèses : ou bien la promesse faite au mari a été exécutée, et alors le mari ayant effectivement reçu une valeur, la restituera d'après les règles que nous avons indiquées et qui se modifient suivant la nature de l'objet apporté. Ou bien il peut se faire que la promesse n'ait pas encore reçu sa réalisation, au moment où la restitution doit avoir lieu. Quel est alors le droit de la femme ? Pourra-t-elle agir contre le constituant, pour le forcer à exécuter la promesse qu'il avait faite à son mari ? On pourrait en douter au premier abord, puisque le mariage en vue duquel cette promesse avait été faite

est actuellement dissous. Mais cette promesse, la femme eût pu l'utiliser, si elle en avait déjà obtenu le résultat en se constituant une dot pour un autre mariage. Ce qu'elle aurait pu faire si la promesse avait déjà été exécutée par le constituant, il faut qu'elle puisse le faire alors même que le constituant n'a pas accompli ses obligations. Mais, comment la femme pourra-t-elle s'y prendre; pourra-t-elle agir elle-même, en vertu d'un engagement qui n'a pas été pris envers elle, les principes nous amènent évidemment à la solution négative; et alors que devra faire la femme? Elle pourra contraindre le mari à agir pour obtenir le montant de la dot ou bien, comme le dit la l. 44, § 1 (243), elle pourra le sommer de lui transmettre ses actions : *præstare ei actiones*.

Cependant, quelques difficultés se sont élevées à l'occasion de deux textes qui prévoient l'hypothèse où un père aurait légué une somme d'argent, à titre de dot, en vue du mariage de sa fille. Ces difficultés viennent de ce que ces deux textes, qui sont la loi 48, § 1, ff. 23-3, et la loi 69, § 2 *De leg. 1^o*, au lieu d'accorder l'action seulement au mari, l'accordent aussi à la femme. Le premier de ces textes accorde l'action à l'un et à l'autre des époux, et le second l'accorde seulement à la femme, sans parler du mari. Voici sur cette question, la conciliation proposée par Cujas, et adoptée par M. Pellat : Cujas (1) distingue : ou le père a légué à son gendre une dot qu'il lui devait déjà en vertu d'une stipulation, et alors, l'action *ex testamento* devient inutile entre les

(1) *Comm. in lib. 48. Jul. Tit. 6*, p. 485.

mains du gendre, puisqu'il a déjà l'action *ex stipulatu*. C'est la fille et la fille seule qui aura l'action *ex testamento*, le mari pourra seulement exercer l'action de sa créance. Ou bien, c'est l'hypothèse de la loi 48, § 1, le père n'était pas engagé envers le gendre, et alors, ce dernier ayant intérêt à ce que la dot lui soit léguée, on admettra l'action au profit des deux époux.

§ II. — *Dot consistant en l'apport d'un titre de créance.*

Il pouvait arriver que la dot consistât, non dans l'apport d'une créance, mais dans l'apport du titre même d'une créance; c'est l'hypothèse prévue par la loi 49, D. 24, 3. Voici le cas : « Mœvia a apporté entre autres choses, en dot à son mari, le titre d'une créance de dix solides; dans ce même acte, il était dit que Otacilius s'engageait à donner à Mœvia, lors de son mariage, dix mille. Le mari a été dans l'impossibilité de rien retirer de ce titre. On se demande si la dot étant réclamée au mari, celui-ci sera obligé de rendre cette somme. « J'ai répondu « dit le jurisconsulte » que celui qui doit exercer des actions comme mandataire, peut poursuivre le débiteur; mais si, sans dol ni faute de sa part, il n'a pu se faire payer, il ne sera soumis ni à l'action de dot, ni à l'action de mandat. »

Son obligation se bornera donc à la restitution du titre qu'il n'aura pas pu réaliser, pour que la femme puisse à son tour, tenter d'être plus heureuse.

Troisième Partie.

Garanties de la restitution.

CHAPITRE PREMIER.

THÉORIE DES ACTIONS.

C'est surtout dans l'étude du droit sanctionnateur, que l'on peut se convaincre du plus ou moins d'importance que le législateur attache à une institution. Aussi, dans cette troisième partie de notre matière, nous trouvons sans cesse en présence des faveurs et des privilèges qui entourent les actions dotales, nous constaterons encore combien la restitution de la dot a été l'objet de la sollicitude du législateur romain.

En première ligne, et comme se produisant en règle générale toutes les fois qu'il s'agit d'une dot adventice ou d'une dot profectice, nous trouvons l'action *rei uxoriae* accordée à la femme *sui juris* qui réclame sa dot, ou au père qui réclame la dot de sa fille *filia familias*. Toutes les fois donc qu'il s'agit de la restitution d'une dot adventice ou d'une dot profectice, il y a lieu d'avoir recours à l'action *rei uxoriae*.

Non-seulement cette action est rangée parmi les actions de bonne foi, mais encore le juge qui en est saisi doit apprécier avec une latitude toute exceptionnelle, *aquius melius*, les faits qui seraient de nature à modifier, en les amoindrissant, les droits de la femme, et ne tenir aucun compte des engagements ou des pactes qui auraient pu, dans les rapports des époux entre eux, rendre plus défavorable la condition de la femme.

A l'action *rei uxoriae* était attaché le *privilegium inter personales actiones* qui assurait à la femme la préférence sur les créanciers chirographaires du mari. Par faveur pour la femme, ce privilège s'étendait pour elle à certains cas, dans lesquels il n'y avait pas lieu, à proprement parler, d'intenter l'action *rei uxoriae*. Ainsi, la femme pouvait s'en prévaloir lorsque, renonçant au mariage, ou le mariage étant annulé pour une cause quelconque, il fallait recourir à la *condictio ob rem dati, re non secuta*. Un texte d'Ulpien (1), nous fournit l'exemple de l'application de ce privilège, dans une hypothèse où nous verrions aujourd'hui, un mariage putatif. Ce

(1) L. 22, § 43, D. Sol. Mat.

texte suppose que la femme, après avoir épousé un esclave, le croyant homme libre, intente le *condictio* contre le maître de son prétendu mari, et il attache à cette *condictio* le privilège que l'on aurait accordé à l'action *rei uxoriæ*, si le mariage eût été valable. Mais ce privilège ne peut pas s'étendre au-delà de la valeur du pécule, et si l'esclave devait quelque chose à son maître, la femme ne pourra point passer avant le maître, qui a le droit de retrancher du pécule les valeurs qui lui sont dues par son esclave.

Ulpien fait avec raison remarquer que les choses dotales devront toujours être restituées à la femme, sans qu'on ait à craindre le concours du maître, et il ajouta que l'on devra considérer comme choses dotales, les objets acquis à la place et en échange de valeurs dotales.

A côté de l'action *rei uxoriæ* existait encore, avant Justinien, l'action *ex stipulatu*; ces deux actions différaient essentiellement l'une de l'autre, et l'examen même de ces différences nous fera connaître les caractères et les effets de chacune d'elles. Voici ces principales différences :

1° L'action *rei uxoriæ*, nous venons de le voir, était une action *bonæ fidei*; l'action *ex stipulatu*, au contraire, était de droit strict.

2° L'action *rei uxoriæ* donnait lieu à l'application de l'édit *de alterutro* toutes les fois que le mari avait laissé à sa femme, à titre de legs ou de fidéicommis, *tantum quantum dos componebat*. La femme devait, dans ce cas, se contenter du legs ou de la dot, sans demander à la fois les deux choses, et sans pouvoir revenir sur son choix.

Dans l'action *ex stipulatu*, on n'applique pas cet édit du préteur, et la femme, légataire de son mari, peut à la fois réclamer et sa dot et son legs (1).

3° L'action *rei uxoriæ* n'était point transmissible aux héritiers de la femme, quand elle mourait *in matrimonio*, ou après la dissolution du mariage, sans avoir mis l'héritier en demeure de lui restituer la dot. L'action *ex stipulatu*, au contraire, est transmissible aux héritiers de la femme, comme toute action née d'un contract. La femme est censée avoir stipulé pour elle et pour eux, et elle leur transmet son action, qu'elle meure ou non pendant le mariage, qu'elle ait mis ou non son mari en demeure.

4° L'action *ex stipulatu*, régie par le droit commun, pouvait être exercée par le père seul, lorsque la fille était *alieni juris* lors de la dissolution du mariage; l'action *rei uxoriæ* devait, au contraire, nous l'avons vu, être intentée, en pareil cas, par le père avec le concours de sa fille, *adjunctâ filiae personâ*.

5° L'action *rei uxoriæ* permet au mari, lorsque la dot consiste en quantités ou choses fongibles, de ne la restituer qu'en trois termes : *annuâ, bimâ, trimâ die*. L'action *ex stipulatu*, lorsqu'il n'a été stipulé aucun délai pour la restitution, a pour effet de rendre la dot exigible immédiatement après la dissolution, et quelle que soit sa nature.

6° Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, le mari peut

(1) L. 1, § 3, C. De rei ux. act.

exercer sur la dot certaines rétentions que nous allons successivement examiner :

A. *Propter liberos.* — Il faut distinguer : si le divorce a eu lieu par la faute de la femme ou du père, à la puissance duquel elle était soumise, le mari peut retenir un sixième de la dot pour chaque enfant, sans que cette retenue puisse toutefois dépasser trois sixièmes, quel que soit le nombre des enfants (1). Le divorce est réputé avoir lieu par la faute de la femme, non pas seulement lorsque cette dernière l'a demandé, mais lorsque, par sa mauvaise conduite, elle a obligé le mari à lui envoyer la répudiation.

Si le divorce a eu lieu par la faute du mari, celui-ci n'a droit à aucune rétention ; cependant on pouvait convenir que la rétention dont il s'agit aurait lieu, quelle que fût la cause du divorce (2).

B. *Propter mores.* — Les mauvaises mœurs de la femme donnent encore lieu au profit du mari à une retenue sur la dot, retenue d'un sixième, s'il s'agit de *graviore mores* (adultère), d'un huitième s'il s'agit de *minore mores*.

Les mauvaises mœurs du mari sont également punies par la perte du délai dont il jouit, dans certains cas, pour la restitution, et par la condamnation à payer les fruits

(1) *Ulp. frag.*, vi, § 10.

(2) *Frag. Val.* §§ 406 et 421.

de deux années, dans l'hypothèse d'une dot qui est restituable sur le champ (1).

Les époux peuvent, à leur gré, agir par la voie de la rétention ou bien par une action spéciale, *actio de moribus*, *judicium morum*. Ce dernier moyen sera surtout avantageux et il devra être employé contre l'époux coupable, quand la dot a été restituée sans tenir compte de la faute par lui commise. Cette action *de moribus* est personnelle à l'époux outragé et ne peut être transmise à ses héritiers, ni invoquée contre ceux de l'époux coupable (2). Dans plusieurs cas, la rétention *propter mores* ne peut être invoquée par le mari, pas plus que l'action *de moribus*. Cela se produit notamment lorsque le mari a lui-même favorisé la débauche de sa femme (3), ou lorsqu'il y a réciprocité de torts, motivant une accusation de la part de chaque époux (4).

C. *Propter impensas*. — Les impenses faites par le mari, à l'occasion des biens dotaux, lui donnent encore droit à certaines rétentions plus ou moins considérables, suivant qu'il s'agit de dépenses nécessaires, de dépenses utiles, ou de dépenses voluptuaires.

Les dépenses nécessaires sont celles dont l'omission aurait entraîné la détérioration ou la perte de la dot (5).

(1) *Ulp. Frag.*, vi, § 15.

(2) L. 1, C. Théod. 3, 13.

(3) L. 47, D. *Sol. Mat.*

(4) L. 39, *eod.*

(5) *Ulp. Frag.*, § 15.

Ces sortes de dépenses diminuent la dot *ipso jure* (1), cependant, la règle n'est pas absolue, et, d'après une doctrine généralement adoptée par les jurisconsultes (2), l'on doit faire les distinctions suivantes : la dot reçue par le mari se compose-t-elle exclusivement de corps certains, un fonds non estimé, par exemple ? La règle *ipso jure dotem impensis (necessariis) minui*, ne s'appliquera pas à cette hypothèse ; le mari pourra seulement, jusqu'au remboursement de ces dépenses, retenir, comme gage, le fonds dotal. Si toutefois il le restitue sans attendre son paiement, il pourra, dans l'opinion générale, en poursuivre, après coup, le remboursement par la *condictio indebiti* (3). La dot comprend-elle et un corps certain non estimé et une somme d'argent ? La dépense nécessaire diminuera alors de plein droit cette somme d'argent, et le *corpus dotale* sera intégralement rendu.

Les dépenses utiles sont celles qui ont amélioré la dot, qui en ont augmenté la valeur. Le mari n'en pourra retenir le montant, que si elles ont été faites du consentement de la femme. Si cependant ces dépenses et leur remboursement n'étaient pas trop onéreux à la femme, le mari pourrait en obtenir le montant, alors même qu'il aurait procédé sans que la femme y ait formellement consenti.

Quant aux dépenses voluptuaires, elles ne donnent jamais droit à aucune rétention, ni à aucune poursuite.

(1) L. 5, *pr. D. De imp. in res dot. factis*. — L. 56, § 3, *De jure dot.*

(2) L. 5, *pr. eod.* — L. 4, § 5; *De peculio*. — L. 56, § 3, *De jure dot.*

(3) L. 5, § 2, *De imp. in res dot. factis*.

Ces dépenses sont celles qui n'ont fait qu'augmenter l'agrément de la dot (1). Ulpien ajoute qu'il en est ainsi même dans le cas où la femme aurait consenti à ces dépenses voluptuaires. Il est intéressant de remarquer, dans le texte d'Ulpien, la sauvegarde que l'on donne à la femme pour la mettre à l'abri de ses propres faiblesses, parce que l'on peut y trouver, comme dans la prohibition d'hypothéquer, un régime précurseur de la prohibition absolue d'aliéner le fonds dotal, établie par Justinien, et admise par notre législation.

La loi 9 D. *de impensis* donne une solution que l'on pourrait croire, à première vue, en désaccord avec le principe que la femme ne doit rien pour les impenses voluptuaires; mais cette loi s'explique de la manière suivante : le jurisconsulte parle des moyens à employer pour enlever sans détériorations, les objets qui ont servi à l'ornement du bien dotal. Dans ce cas, dit avec raison Ulpien, le mari peut retirer ces objets à la femme. Mais pourquoi donc le jurisconsulte dit-il que la femme peut être poursuivie, *exactionem patitur*? N'est-ce pas dire que la femme doit payer les impenses voluptuaires? Et ne nous trouvons-nous pas en contradiction avec ce que nous avons dit plus haut? En aucune façon. Cette poursuite en indemnité, que le jurisconsulte accorde au mari, est loin d'être une faveur pour lui; c'est, au contraire, au profit de la femme que le jurisconsulte se prononce, car il lui accorde le droit de repousser le mari, lorsque celui-ci veut reprendre les choses qu'il peut séparer du fonds, et

(1) *Ulp. L. 11, pr. D. 25, 1.*

qu'il y a apportées lui-même; et lorsqu'il oblige la femme à lui payer la valeur de ces objets, c'est une véritable expropriation, s'il nous est permis d'employer cette expression moderne, pour cause d'utilité personnelle de la femme.

Il résulte donc de ce texte que, si les objets ne peuvent pas être séparés sans détérioration, la femme a l'avantage de les conserver gratuitement, mais qu'elle a encore un avantage considérable si les objets peuvent être enlevés sans dommage, puisqu'elle peut s'approprier ces objets en payant leur valeur et, de plus, en forçant le mari à s'en dessaisir.

D. *Propter res amotas*. — Si l'un des époux commet, en vue du divorce, un vol au préjudice de son conjoint, ce fait ne donnera pas lieu, comme dans les cas ordinaires, à l'action *furti*, mais à une retenue sur la dot.

Justinien a beaucoup innové en cette matière. Il supprime la rétention *ob mores, ob res donatas*; en effet, la donation entre époux n'étant valable que si elle n'a pas été révoquée avant la mort du donateur, pourquoi une rétention *propter res donatas*, puisque le donateur peut agir, quand il voudra, contre le donataire, par une revendication directe ou utile ou par une *condictio* (1). La rétention *propter res amotas* devient aussi inutile, lorsque l'on peut user de l'action *rerum amotarum*.

Justinien nous paraît avoir maintenu la rétention

(1) L. Ulp. 5, D. *De rei ux. act.*

propter impensas, lorsqu'il s'agit de dépenses nécessaires (1).

7° Dans l'action *rei uxoriæ* on ne s'était pas seulement préoccupé des intérêts de la femme, on avait pris aussi en considération ceux du mari, en tenant compte de la situation morale toute particulière des époux, vis-à-vis l'un de l'autre. C'est ainsi que l'on a accordé au mari le bénéfice de compétence. Par là, le mari obtient de n'être condamné, quel que soit le montant de sa dette, que jusqu'à concurrence de ses facultés, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de ses biens actuels, mais sans en déduire les dettes (2).

Il lui est même accordé, par le droit des Pandectes, une faveur dont jouissait le donateur seul, et qui consiste à laisser au débiteur condamné, une somme nécessaire pour qu'il puisse vivre et ne pas tomber dans l'indigence « *ne egeat.* » Mais cette faveur manque le plus souvent ici de produire son effet en présence de la règle qui veut que, dans l'appréciation du patrimoine du mari, on ne déduise pas le montant des dettes. Qu'importe en effet au mari, comme le remarque M. Pellat, de se voir laisser le nécessaire pour vivre ; si ce nécessaire doit passer aux créanciers autres que la femme ? Ce privilège, qui était établi pour le donateur, s'exerçait au contraire, dans ce cas, sur l'actif, déduction faite des dettes ; il avait donc toujours sa raison d'être pour le donateur, désormais à l'abri de ses autres créanciers, aussi bien que du donataire, sur ce

(1) Just. § 37, *De act.*

(2) Ulp., L. 16, D. *De re jud.*

qui lui était laissé. Mais en dehors du donateur, le privilège n'atteint pas son but, et ne s'explique que par une inadvertance des compilateurs des Pandectes.

Le bénéfice de compétence ne nous paraît devoir être accordé au mari que lorsqu'il est poursuivi par la femme, en restitution de la dot; c'est du moins ce qui semble résulter des termes de la L. Un., § 7, C. *De rei ux. act.* « ... si matrimonium fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnatur in quantum facere potest, quia hoc æquissimum est et reverentiæ debitum maritali. » Même vis-à-vis de la femme, ce bénéfice ne lui sera accordé que lorsque celle-ci agira par l'action de dot, ou bien encore par une autre action, mais à raison d'actes accomplis par le mari, pendant le mariage. C'est ainsi que l'on peut concilier les textes en apparence contraires de Modestin (1) et de Scevola (2). « Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur » dit, en effet, le premier de ces textes : « sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus; in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pri const... » Et le second, supposant qu'après le divorce, le mari a entrepris la gestion des affaires de la femme, et est ensuite devenu insolvable : « plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. » Ce texte fait donc une distinction suivant que le mari est poursuivi par l'action de dot ou par l'action de gestion d'affaires, et paraît ainsi en

(1) L. 20, D. *De re jud.*, 42, 1.

(2) L. 55, pr. D. *De neg. gestis*, 3, 5.

contradiction avec le texte de Modestin. Il faut supposer, pour les concilier, que le premier se réfère à des actions auxquelles ont donné naissance des faits accomplis pendant le mariage; tandis que, d'après le second, l'action *negotiorum gestorum* a pris naissance entre des personnes étrangères l'une à l'autre.

Cette interprétation est parfaitement en harmonie avec l'esprit du texte de Justinien que nous avons déjà cité : « *Hoc æquissimum est et reverentiæ debitum maritali.* » Toutes les fois donc que le mari sera poursuivi en sa qualité d'époux et pour la restitution de la dot, il aura droit au bénéfice de compétence, pourvu d'ailleurs qu'il ne s'en soit pas rendu indigne en diminuant sa fortune, dans l'intention frauduleuse de ne pas restituer la dot : « *Si non dolo malo versatus est.* »

C'est dans l'intérêt public qu'était établie la faveur dont nous parlons, aussi tout pacte par lequel le mari aurait renoncé à s'en prévaloir, aurait été annulé comme contraire aux bonnes mœurs.

Le bénéfice de compétence est personnel au mari et au beau-père de la femme « *Maritus in id quod facere potest condemnari exploratum est, sed hoc heredi non esse præstandum* (1); » et Paul nous dit aussi « *cum personâ extinguitur* » (2).

Les héritiers du mari ne peuvent donc pas, en principe, l'invoquer; mais on a admis une exception en

(1) Ulp., L. 12, *Sol. Mat.*

(2) L. 15, *eod.*

faveur des enfants issus du mariage et devenus héritiers de leur père tenu de l'action *rei uxoriæ* (3).

Ni le bénéfice de compétence que nous venons d'étudier, ni le droit de rétention que nous avons examiné plus haut, ne pouvaient s'appliquer à l'action *ex stipulatu*.

Justinien voulut faire disparaître les différences que nous venons de signaler entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*. Ses réformes, sur ce point, sont contenues dans la loi Un. C. *De rei ux. act.*, et dans le § 29 *de act.* aux Institutes. Il déclare, dans ces textes, vouloir opérer une fusion de ces deux actions et désormais, bien que la restitution de la dot n'ait pas été stipulée par la femme, celle-ci pourra toujours la répéter, après la dissolution du mariage, par la nouvelle action qu'il appelle : *actio ex stipulatu de dotibus exigendis*.

Voici les signes distinctifs de l'action nouvelle introduite par Justinien :

1^o C'est une action de bonne foi comme l'action *rei uxoriæ*. Justinien déclare qu'il accorde à l'action qu'il crée *beneficium bonæ fidei*.

2^o L'édit *de alterutro*, dont la disposition s'appliquait à l'ancienne action *rei uxoriæ*, est supprimé comme dans l'action *ex stipulatu*.

3^o Le délai anciennement accordé au mari, dans l'action *rei uxoriæ*, pour la restitution des quantités, reçoit des modifications et ne s'étend plus aux mêmes objets. Les *res mobiles*, *moventes*, *incorporales*, devront être

(3) L. 48 pr.. *eod.*

restituées *intrà annum*. Les autres biens sont immédiatement soumis à restitution.

Accurse examine, à ce sujet, le point de savoir comment la femme vivra, pendant cette année d'attente, si la dot ne comprend que ces choses *mobiles, moventes, incorporales*. Il pense que, dans ce cas, la femme devra être nourrie par ceux qui jouissent de la dot. (Cujas, *Comment. sur le Code de rei ux.*, § *cum autem*).

4^o Justinien supprime les rétentions que pouvait faire le mari d'après l'action *rei uxoriæ*; le droit de rétention existe cependant encore pour les impenses nécessaires, qui opèrent *ipso jure*. Pour les dépenses utiles, le mari aura une action de mandat suivant les cas; mais Justinien conserve au mari le bénéfice de compétence, sauf à lui faire promettre de compléter le paiement, s'il revient à meilleure fortune.

Telles étaient les actions spéciales, accordées en matière de restitution de la dot. Pour assurer l'efficacité de ces actions et pour empêcher que la femme, au moment de réclamer ses droits, ne se trouvât en face d'un débiteur ruiné et insolvable, des précautions nombreuses avaient été prises. Ces précautions forment les garanties réelles de la restitution : nous avons maintenant à étudier ces garanties. Ce n'est pas une étude complète que nous prétendons faire, car elle dépasserait les limites normales de notre travail. Nous nous contenterons d'indiquer à grands traits, les caractères les plus saillants en cette matière.

CHAPITRE II.

GARANTIES RÉELLES DE LA RESTITUTION.

§ I. — *Inaliénabilité des immeubles.*

Le principe de l'inaliénabilité des immeubles fut introduit sous Auguste par la loi *Julia de Adulteriis*, qui paraît remonter à l'an 737 de la fondation de Rome. Cette loi, dont le but principal était d'empêcher le décroissement de la population, en encourageant les citoyens au mariage, apportait une dérogation au droit de propriété du mari, sur la partie la plus importante de la dot à Rome, c'est-à-dire sur les immeubles. C'est dans ce dernier sens que nous la présentent les textes (1). La prohibition de la loi Julia s'appliquait seulement aux immeubles, au *dotale prædium* (2); mais à tous les immeubles, c'est-à-dire (3), à ceux tant urbains que ruraux, aux édifices comme aux

(1) G. c. II, § 62 et 63, *Inst. Quib. el licet vel non.*

(2) G. c. II, 63.

(3) L. 43, D. *De fundo dot.*

terres, et même aux droits réels qui sont un démembrement de la propriété, tels que les servitudes. Les fonds provinciaux étaient seuls exceptés de la règle d'inaliénabilité.

Nous ne parlons pas des immeubles constitués en dot avec estimation, car, par le fait de l'estimation, leur caractère dotal a disparu, ils sont considérés comme vendus au mari et par conséquent, ils échappent, comme les choses mobilières, à l'inaliénabilité. Cependant, s'il avait été décidé, lors de la constitution de la dot, que l'estimation ne vaudrait pas vente, l'inaliénabilité subsisterait. Elle subsisterait encore toutes les fois que, l'estimation ayant été faite, on aurait permis à la femme d'opter pour l'immeuble ou pour le montant de l'estimation (1). L'aliénation était valable, au contraire, quand le droit d'option avait été laissé au mari. Cette décision est une conséquence des principes ordinaires en matière d'obligation alternative, et doit s'étendre à tous les cas dans lesquels la constitution de dot comprend alternativement un fonds, ou des choses mobilières quelconques. Les aliénations seront valables ou non, selon le choix à faire par celui qui en a le droit, et, dans tous les cas, la dotalité remontera à l'époque de la constitution de dot.

L'inaliénabilité commence avec la dotalité, c'est-à-dire au moment où la propriété passe sur la tête du mari (2). Il faut pour cela, comme le dit Donneau (3) non pas une simple promesse de dot, mais la transmission effective

(1) L. 4, c. *De fundo dot.*

(2) L. 13, § 2, *De fundo dot.*

(3) *Donneau Pand. lib. 14, t. 3, ch. 5.*

de la propriété, c'es-à-dire un véritable contrat réel. « *Initium obligationis restituendæ dotis, non ex conventione venit, sed ex re traditâ.* »

Nous avons vu plus haut que, si l'immeuble était indûment aliéné, la femme qui sous l'empire de la loi *Julia* n'avait pas donné son consentement, avait le droit de forcer son mari à revendiquer le fonds entre les mains du tiers-acquéreur, ou à lui céder son action en revendication. Ajoutons que c'est seulement sur le refus du mari de faire cette cession, que le Préteur accordait à la femme, à la dissolution du mariage une revendication utile. La femme avait donc une garantie plus puissante encore que le *privilegium inter personales actiones*; elle avait une action réelle, avec tous ses avantages, et cette action, en cas de non-exercice entre les mains de la femme, passait à ses héritiers.

Nous avons dit aussi que le mari n'était point recevable pendant le mariage à exercer la revendication de l'immeuble par lui aliéné, mais comme ce dernier point n'est pas accepté par tous les auteurs, nous devons donner à notre assertion l'appui des textes et du raisonnement. La loi 47, *de fundo dotali*, suppose que le mari, ayant vendu le fonds dotal, ne peut plus évincer le tiers-acquéreur si, à la dissolution du mariage par la mort de la femme, la dot lui est attribué. C'est dire que la vente ainsi faite n'est pas nulle, d'une nullité absolue et d'ordre public, et que, par conséquent, le mari dont elle émane, ne saurait être recevable à revenir sur son engagement. Un autre argument, en faveur de l'opinion que nous avons adoptée, nous est fourni par la loi 3, § 4, *D. De*

fundo dot : Le fonds dotal, dit ce texte, ne peut être aliéné lorsque l'action de dot doit appartenir à la femme. Donc, à *contrario*, l'aliénation sera maintenue dans les autres cas, et le mari ne pourra, en aucune façon, inquiéter son acquéreur. Ajoutons que la revendication accordée au mari serait parfois inutile, et parfois entraînerait des difficultés qui ne pourraient être résolues qu'à la dissolution du mariage. Il en serait ainsi lorsque la femme viendrait, à cette époque, ratifier l'aliénation ; ou bien lorsqu'il s'agirait d'une restitution portant sur une alternative, car la revendication de la part du mari, ne pourrait avoir lieu dans cette dernière hypothèse, que lorsque la dotalité serait devenue certaine, c'est-à-dire à la dissolution de l'union conjugale.

Malgré deux textes en apparence contraires, nous devons reconnaître que la prohibition de la loi Julia, s'appliquait aussi à l'échange du fonds dotal. Ces deux textes (1) disent bien que l'échange de la dot mobilière ou immobilière peut être fait si l'opération doit profiter à la femme ; mais évidemment, il ne s'agit ici que d'un échange entre le mari et la femme et non entre le mari et un tiers : l'échange permis avec un étranger, conduirait tout simplement à l'aliénation.

Les effets de l'inaliénabilité subsistent encore, après la dissolution du mariage, tant que le fonds conserve son caractère dotal (2). Mais si l'inaliénabilité ne s'éteint qu'avec la dotalité, elle ne naît pas nécessairement avec

(1) L. L. 26 et 27, D. *De jure dot.*

(2) L. 42, D. *De fundo dot.*

elle et peut lui être antérieure. C'est ainsi qu'elle peut exister dès que le fonds est livré au futur époux, tant que celui-ci n'est encore que fiancé et, par conséquent, avant qu'il n'y ait une dot à proprement parler.

A la prohibition d'aliéner et d'échanger, édictée par la loi Julia, faut-il encore joindre celle de consentir des hypothèques ? Il est permis d'avoir des doutes sur ce point, car les textes qui mentionnent la défense d'aliéner, sont muets, quand il s'agit de l'hypothèque. Un seul paraît confondre les deux opérations, c'est la loi 4, D. *De fundo dotali* qui s'exprime ainsi : « *ne id marito liceat obligare, aut alienare.* » Mais nous ne saurions tirer de là une preuve que l'hypothèque était défendue aussi bien que l'aliénation ; car Gaius, de qui est le texte précité, ne reproduit nulle part le même rapprochement entre l'aliénation et l'hypothèque et semble, au contraire, dans d'autres textes, ne reconnaître qu'une seule prohibition faite au mari, la prohibition d'aliéner (1). Le jurisconsulte Paul ne va pas plus loin que Gaius et nous dit : « *Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale prædium maritus invilità uxore alienet.* » Le mari ne peut aliéner sans le consentement de la femme ; voilà ce que dit le texte, mais il ne parle pas de l'hypothèque. Il faut reconnaître avec M. Demangeat (2) que la prohibition d'hypothéquer fut vraisemblablement introduite par l'interprétation des prudents, qui crurent y voir une application de la défense faite aux femmes, par le sénatus-consulte Velléien, d'inter-

(1) Sic G. c. 11, § 63.

(2) *De fundo dotali*.

céder pour autrui; et Justinien rapprochant plus tard sans scrupule ces deux prohibitions, les rendit applicables à l'aliénation et à l'hypothèque, en les attribuant toutes les deux à la loi Julia.

L'immeuble dotal inaliénable était aussi imprescriptible, à moins que l'usucapion n'eût commencé avant le mariage, car l'usucapion n'était interrompue, dans l'ancien droit que par une seule cause, la perte de la possession.

Ce n'est pas seulement une aliénation complète qui est défendue au mari par la loi Julia; il lui est encore défendu de faire certains actes qui privent la propriété d'un avantage tel, qu'on puisse dire qu'il y a une aliénation partielle de l'immeuble dotal. Ainsi le mari ne peut concéder des droits réels sur cet immeuble, il ne peut concéder des servitudes passives sur le fonds, ni aliéner ou laisser perdre les servitudes actives. La perte par le non-usage serait assurément assimilée à une aliénation expresse, par application du principe écrit dans la loi 28, D. De verb. signif. : « *Eum quoque alienare dicitur qui non utendo amisit servitutes.* »

Innovations de Justinien.

La garantie créée par la loi Julia, en vue de la restitution de la dot, était imparfaite en ce qu'elle permettait l'aliénation, avec le consentement de la femme. Justement touché de cette imperfection, Justinien vint au secours de la femme, et ne voulant pas que sa faiblesse

naturelle l'exposât à une ruine soudaine, « *ne fragilitate natura suæ in repentinam deducatur inopiam* (1), » il généralisa les principes de la *loi Julia*. Ainsi, il appliqua l'inaliénabilité aussi bien aux fonds provinciaux qu'aux fonds italiques, et défendit l'aliénation, lors même que la femme aurait donné son consentement.

Jusqu'à présent nous avons vu le législateur romain préoccupé de la restitution de la dot dans le but surtout de favoriser les seconds mariages et l'accroissement de la population. A partir de Justinien, et grâce aux inspirations du christianisme, le caractère de la restitution n'est plus le même, et les dispositions nouvelles sont prises, non plus seulement dans l'intérêt de l'Etat, mais dans l'intérêt de la femme et pour la protéger, elle et sa famille, contre sa propre faiblesse. Aussi, rien ne doit être négligé pour assurer à la femme la conservation de son patrimoine ; et Justinien, s'inspirant de cette idée, adopte une série de garanties progressives qui, très-justes d'abord, finissent ensuite par dépasser le but.

Il est certain que, même avant Justinien, la femme pouvait assurer efficacement la restitution de ses apports dotaux, en stipulant une hypothèque. Mais son imprévoyance ou son ignorance des affaires pouvait lui faire négliger cette garantie, et Justinien nous dit (*loi assiduis*) que, sans cesse, les femmes pleuraient la perte de leur dot, *deperditas esse lugebant*. Il fallait donc remédier à ce défaut dans la législation, de façon à ce que les femmes illettrées ou imprévoyantes fussent garanties,

(1) L. Un., § 15. C. *De rei ux. act.*

aussi bien que celles qui avaient quelque expérience des affaires. C'est dans ce but que fut créée l'hypothèque tacite, en 530 (1). A partir de cette époque il n'y a plus besoin que des jurisconsultes viennent, avant le mariage, apporter leur concours et éclairer les époux, et, comme le dit Cujas, *les futurs époux sont délivrés des chaînes des hommes de loi.*

Voici comment s'exprime Justinien dans cette Constitution : « *Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarum rerum et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus; ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsâ dote præstandâ, vel rebus dotalibus evictis.* »

En 528, Justinien avait accordé une hypothèque tacite pour la sûreté de la donation *propter nuptias* (2). En 530, il décide qu'une hypothèque tacite garantira la restitution des paraphernaux dont la femme a confié l'administration au mari.

L'hypothèque tacite, établie par Justinien, frappait tous les biens du mari ou du beau-père suivant que l'une ou l'autre de ces personnes était soumise à la restitution. Nous avons dit « tous les biens, » et cette généralité s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles entre lesquels, en cette matière, le droit romain ne faisait aucune différence. Tout objet, en effet, à Rome,

(1) L. Un. § 1, C. *De rei ux. act.*

(2) L. 29, C. *De jure dot.*

pouvait être hypothéqué, pourvu qu'il fût dans le commerce: *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pigurationem recipere potest* (1).

L'hypothèque garantissait non-seulement la dot, qu'elle fût adventice ou profectice, mais encore l'augment de dot et les paraphernaux (2). Enfin elle garantissait également l'exécution de la donation *propter nuptias*, devenue possible sous Justinien. Nous ne trouvons pas de lois qui établissent cette hypothèque, mais son existence est attestée par différents textes, entre autres par la Nouvelle 109: « *In donationibus autem propter nuptias secundum tempora per quæ fiunt, hypothecas habere omnibus in præsentem facimus manifestum per hanc sacram legem* (3).

Quant au rang de cette hypothèque, il était déterminé par la date de la constitution de dot et non par celle du jour où la dot avait été livrée au mari; la loi 1. D. *Qui potiores* le décidait ainsi lorsqu'il s'agissait de l'hypothèque conventionnelle, et tout porte à croire que Justinien n'a pas entendu traiter l'hypothèque tacite moins favorablement que l'hypothèque conventionnelle: *non minus favorabilis tacita quam expressa*. Dans tous les cas, l'hypothèque tacite dont il s'agit n'était opposable qu'aux créanciers du mari, postérieurs à la constitution de dot, et jusque-là on tenait compte de la règle *qui prior est tempore, potior est jure*.

(1) L. 9, § 1, D. *De pig. et hyp.*

(2) Inst. liv. II, t. VII, § 5. — Voët, liv. XX, t. 1, n° 20.

(3) Nov. 109. chap. 1.

En 539, Justinien accorda à la femme une hypothèque privilégiée, mais sur certains biens seulement. Il pensait que c'était une subtilité de l'ancien droit de considérer le mari comme propriétaire de la dot, puisqu'il devait la restituer à la dissolution du mariage. Cependant, il n'anéantit pas cette théorie, et de cette double idée résulte une double action. La femme, d'après les termes de la loi 30, C. *De jure dotium*, peut agir hypothécairement et se payer sur le prix des choses dotales aliénées par son mari ; ou, si elle le préfère, elle peut recourir à l'action réelle pour rentrer en possession des choses dont, en réalité, elle n'a jamais cessé d'être propriétaire.

L'action réelle que Justinien fait reparaître ici, nous l'avons déjà vue accordée à la femme, par le droit antérieur, et lorsqu'il s'agissait pour elle de réclamer ses immeubles indûment aliénés. Aussi n'est-ce point là une innovation de l'empereur, mais bien une extension aux choses mobilières, de la faveur accordée, par le droit des Pandectes, à la femme qui réclamait ses immeubles. Cette faveur s'applique non-seulement aux choses qui sont dotales à proprement parler, mais aussi à celles qui ont été estimées ou achetées au moyen de l'argent dotal.

La garantie de la dot mobilière est donc le but principal de la constitution qui nous occupe, et c'est par exception que les immeubles de la femme y trouvent une garantie nouvelle, et dans le cas seulement où le *privilegium inter personales actiones*, de l'ancien droit, aurait été insuffisant, l'immeuble dotal se trouvant, par exemple, frappé d'une hypothèque légale établie sur tous les biens

du mari, ou aliéné dans les divers cas d'aliénation nécessaire. Mais, en dehors de ces hypothèses spéciales, la nouvelle Constitution ne s'appliquait pas aux immeubles non estimés, puisque, en vertu du droit antérieur, la femme pouvait incontestablement les reprendre dans les mains des tiers lorsqu'ils avaient été aliénés sans son consentement (1).

Le droit d'agir s'ouvrait pour la femme à la dissolution du mariage ou lorsque la déconfiture du mari était devenue notoire et, jusqu'à ces époques, aucune prescription, tirée du temps écoulé depuis que le tiers était entré en possession, ne pouvait lui être opposée. L'exercice de son droit était soumis à la condition que les biens mobiliers ou les immeubles estimés fussent existants dans la main des tiers. C'est ainsi que nous interprétons ces mots de la loi 30 « *Si tamen existant.* » Décider autrement, et subordonner l'exercice du privilège de la femme à la condition que ses biens se retrouveraient en nature, dans les mains du mari, serait refuser à la femme le droit de suite que le texte lui accorde cependant, sans aucune réserve. Lors donc seulement que les tiers auront eux-mêmes cessé de posséder ou que la chose aura été dénaturée ou transformée, alors seulement, devant cette impossibilité matérielle, le droit de revendication de la femme s'évanouira, pour ne lui laisser que le recours par l'action hypothécaire.

La Constitution dont nous venons de parler était certes bien de nature à sauvegarder d'une manière effi-

(1) Argument tiré de la loi 17, D. *De fundo dotali.*

cace les intérêts de la femme; cependant, avec le régime hypothécaire en vigueur à Rome, avec le défaut de publicité des aliénations et des hypothèques, on conçoit la possibilité de bien des fraudes organisées par les créanciers hypothécaires du mari à l'encontre de la femme. Aussi, les intérêts de cette dernière pouvant être quelquefois menacés, on s'explique, dans un pays où les idées de crédit étaient encore dans l'enfance, l'introduction d'une loi qui aujourd'hui nous paraîtrait manifestement injuste et dont le but était de donner à la femme, sur tous les biens du mari, une hypothèque tacite par laquelle elle primerait les créanciers, même antérieurs au mariage. La loi *Assiduis* (1) porte en elle-même, en quelque sorte, sa justification; et puisqu'il arrivait souvent que les femmes avaient à déplorer la perte de leur dot, « *dotes deperditas lugebant*, » c'est que, sans doute, les garanties antérieures ne les protégeaient pas suffisamment. Aussi, n'est-ce pas à Justinien qu'il faut s'en prendre s'il a édicté une semblable injustice, mais bien à la défectuosité du système hypothécaire chez les Romains: le législateur n'a vu que le danger couru par la femme, et, pour le conjurer, il a quelque peu sacrifié le droit des autres créanciers.

Du reste, ce privilège de la femme était si exorbitant que Justinien le refusait aux ayant-cause de celle-ci; il ne passe même pas à ses héritiers en général. Toutefois, en cas de second mariage, Justinien permet aux enfants

(1) L. 12, C. *Qui potiores*

du premier lit de l'exercer par préférence à la femme du second lit, pour leurs reprises des biens dotaux de leur mère, sur les biens de leur père : primant la femme du second lit, ils excluent *a fortiori* tous autres créanciers, hypothécaires ou non, du mari (2).

Faut-il généraliser ce privilège et l'étendre à tous les enfants d'une mère dotée, même au cas où le père n'est pas remarié ?

Vinnius l'admettait, mais le texte de la loi manque ; il faut préférer l'opinion du savant professeur de Toulouse, *Janus a Costa*, qui repoussait l'extension d'une exception dictée par la défaveur des secondes noces. Donc, les enfants ne primeraient pas les créanciers non déjà primés par la femme du second lit (3).

(1) Les fraudes possibles en droit romain ne le sont plus chez nous en cette matière à cause de la publicité requise pour que l'hypothèque soit opposable aux tiers. Aussi la loi *Assiduis* ne saurait être raisonnablement admise aujourd'hui, et l'art. 1572 du Code civil est venu formellement l'abolir.

(2) L. 12, § 1, C. *Qui pot.* — Nov. 91 rendue en 559.

(3) *Sic Ducaurroy*, t. 1, n° 1256.

DROIT FRANÇAIS

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Aperçu sur l'hypothèque légale de la femme mariée.

Nous avons constaté, dans l'étude de la restitution de la dot en Droit romain, avec quelle sollicitude le législateur avait cherché, d'abord dans l'intérêt des mœurs publiques et ensuite, plus spécialement, dans l'intérêt de la famille, à assurer à la femme la conservation de son patrimoine. Mais c'est seulement dans la dernière période historique que l'hypothèque légale nous est apparue, plus avantageuse que toutes les garanties édictées jusqu'alors et protégeant la femme à son insu et malgré

elle. Et si maintenant une chose devait nous étonner, ce serait de n'avoir pas vu surgir plus tôt une institution si conforme aux idées que les romains se faisaient du mariage et si propre à défendre des intérêts qui leur paraissaient, à tous égards, dignes de la faveur de la loi. Mais notre étonnement doit disparaître à l'idée que la législation romaine a eu, elle aussi, son chaos, son enfance; que surtout, pendant plusieurs siècles elle s'est rendue esclave d'un formalisme rigoureux, et que dès lors l'idée même de l'hypothèque, d'une sûreté réelle transmise au créancier sans dépossession ni dessaisissement du débiteur, devait constituer pour elle, primitivement, une opération juridiquement impossible. Ainsi la loi devait paraître impuissante à créer un droit qui semblait réprouvé par la nature des choses, et dont l'origine ne se manifestait pas même par une convention.

Ce qui s'est produit à Rome, nous le verrons aussi se produire dans la législation dont nous allons suivre les traits principaux. Nous verrons partout l'hypothèque légale n'arriver que lorsque une longue expérience et une civilisation avancée en auront impérieusement réclamé l'usage.

La femme, chez les premiers Germains, était soumise au *mundeburdium* ou *mundium*, qui était une sorte de tutelle. Par l'effet du mariage, le *mundium* passait au mari au moyen d'une vente symbolique, dont le prix consistait en un sou et un denier, *per solidum et denarium*. S'il faut en croire le témoignage de Tacite, (*de mor. Ger.*) c'est le mari lui-même qui dotait sa femme: «*dotem non*

uxor marito, sed uxori maritus offert. » Peut-être déjà joignait-il à la dot, après la nuit des noces, ce présent du matin qui plus tard fut appelé *morgengab*, et que les époux Germaines ne manquaient pas de donner à leur femme. Il est probable qu'il y avait aussi un apport fait par la femme. Nous en trouvons la trace dans la *loi salique*: « *Omnes mihi testis scitis quia et.... Quæ de casa patris mei exhibui, hic demitto* » (1).

Le mari ne devenait pas propriétaire des apports de la femme; il paraissait avoir sur les biens, en vertu du *mundium*, le même pouvoir que sur la personne même. « *Jubemus ut maritus ipse, facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat* » (2). Ses droits devaient être ceux d'un administrateur et non d'un véritable propriétaire et s'il était tenu à une restitution, il n'avait pas à redouter, sans doute, les effets de l'hypothèque légale qu'aucun texte ne mentionne.

Chez les Gaulois, ces diverses règles n'avaient pas été pratiquées. Ce n'est plus ici le mari qui dote la femme; c'est cette dernière qui apporte elle-même la dot: « *Vir, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, nous dit César (3), tantas ex suis bonis, æstimatione factâ, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecunie conjunctim ratio habetur, fructusque servantur* :

(1) Pardessus : *Loi Salique, capita extravagantia*, VII, p. 551.

(2) Première addition à la loi des Bourguignons, tit. XIII.

(3) *De bello gallico*, VI, 49.

uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »)

La femme apporte une dot qui était, sans doute, inaliénable ou tout au moins n'était aliénable que moyennant emploi, puisqu'il fallait que la dot produisit des fruits jusqu'au prédécès de l'un des époux. Quant à l'hypothèque, les anciens Gaulois ne semblaient pas la connaître plus que les Germains, le gage *vadium* étant la seule garantie qui pût, chez eux, se rattacher comme accessoire, à une obligation principale.

La conquête romaine apporta de grands changements dans le droit des Gaulois. Ceux-ci, portés par nature aux choses nouvelles (Laferrière II, p. 41), adoptèrent, plutôt qu'on ne leur imposa le langage et le droit de leurs vainqueurs. Ils s'incorporèrent, pour ainsi dire, à l'empire et lui gardèrent une foi inébranlable. Aussi, dans le midi de la Gaule, la législation romaine conserva une partie de son autorité. Les Germains firent rédiger eux-mêmes des recueils ou des résumés de Droit romain, destinés à régir tous ceux qui, sur leur territoire, étaient soumis aux lois romaines en vertu du principe de la personnalité des lois. Ces documents du droit ne reconnaissent pas encore l'hypothèque telle qu'elle existait à Rome. Le bréviaire d'Alaric, ne parle que du *pignus*, pris dans le sens de gage. Le recueil d'Ansegise, composé en 827, les *exceptiones Petri*, à peu près à la même époque, ne permettent pas d'admettre que l'hypothèque ait été reconnue et usitée. Il faut aller jusqu'au XIII^e siècle pour la voir prendre une certaine extension et pour

constater les premiers signes de vie donnés par l'hypothèque légale.

Afin de nous conformer à la division généralement acceptée, nous devons tour à tour examiner les règles admises, en cette matière, par les pays de droit écrit et par les pays coutumiers.

§ I. — *Pays de droit écrit.*

Dans les pays de droit écrit, et notamment dans le parlement de Toulouse, l'hypothèque légale fit son apparition bien avant le moyen âge. Dans les provinces qui la reconnurent, elle commença par avoir la même étendue qu'elle avait à Rome avant la loi *Assiduis*, et fut opposable seulement aux créanciers du mari, postérieurs au mariage.

Renfermée dans ces limites, l'hypothèque légale se conciliait à la fois avec la protection due à la femme et avec l'intérêt des tiers. Mais l'on ne s'arrêta point là et le Droit romain faisant de jour en jour de nouveaux progrès dans la législation de l'ancienne Gaule, vers le milieu du *xvi^e* siècle, on vit une scission se produire dans la jurisprudence des parlements du Midi, au sujet de la loi *Assiduis*, dont le Parlement de Toulouse voulut seul maintenir l'application.

Dès ce moment, les créanciers antérieurs aussi bien

que les créanciers postérieurs au mariage étaient atteints par les effets de l'hypothèque légale; il n'y avait d'exception que pour le créancier qui avait pris soin de *dénoncer* à la femme, au moment où celle-ci allait se marier, l'hypothèque grevant à son profit les biens du futur époux.

La coutume de Toulouse fut la seule qui remit ainsi en vigueur la loi *Assiduis*, comme elle avait été la première à reconnaître l'hypothèque légale. Dans les autres provinces de droit écrit, l'hypothèque légale n'apparaît que plus tard; ainsi dans le ressort du Parlement de Bordeaux, elle ne fut mentionnée que vers le xiv^e siècle.

Ce n'est plus, dans ces provinces, le privilège exorbitant de la loi *Assiduis* qui est en vigueur; c'est l'hypothèque générale, frappant tous les biens du mari, seulement du jour du contrat de mariage, et lorsqu'il n'y avait pas de contrat, du jour de la célébration.

La femme ne pouvait aliéner son hypothèque pas plus que sa dot; cependant on validait l'aliénation si aucun dommage n'en était résulté.

§ II. — *Pays coutumiers.*

C'est donc sous l'influence du Droit romain que l'hypothèque légale s'était introduite dans les pays de droit écrit et nous allons voir les coutumes, étrangères à cette

influence, se refuser, le plus longtemps possible, à admettre une institution qui blessait si ouvertement leurs règles d'acquisition de droits réels.

Aucun des monuments juridiques du XIII^e siècle, les assises de Jérusalem, l'ancienne coutume de Bourgogne, le coutumier de Charles VI, ne mentionnent l'hypothèque légale; Philippe de Beaumanoir, dans ses coutumes du Beauvoisis, n'emploie jamais que le mot *nans* (nantir) pour signifier la sûreté donnée au créancier. Les coutumes du Nord, surtout, se montrent hostiles à l'hypothèque légale; et partout, les hypothèques sont soumises aux formalités des *devoirs de loi*. Les textes de l'époque ne permettent à cet égard aucun doute; c'est ainsi que l'on voit, dans l'édit perpétuel de 1614, art. 24: « Combien que nul droit réel et biens immeubles, soit en tout par vente ou donation, ou en partie par hypothèque, se peut acquérir sinon par les œuvres de loi... Toutefois n'entendons par ce être dérogé au bénéfice de l'hypothèque légale et préférence compétent à nous et à notre fisc... etc. » L'exception introduite par ce texte en faveur du fisc, confirme la règle à l'égard de toutes autres hypothèques. La coutume d'Artois (art. 74) n'admettait aucune hypothèque tacite, ni pour *dot* ni pour *conventions matrimoniales*. La coutume de la Châtellenie de Lille, titre xxii, art. 3, dit aussi: « Par la coutume générale ne sont aucunes hypothèques tacites sauf le privilège du prince (1). »

(1) V. Merlin, rép. V. *nantissement*, § 2, art. v, n^o 3.

Vers le milieu du xv^e siècle, les coutumes du centre de la France accordent à la femme une hypothèque tacite, résultant de son contrat de mariage. Ce n'est encore là que l'application d'un principe généralement admis à cette époque, principe en vertu duquel la clause d'hypothèque, étant devenue de style dans tous les contrats, était sous-entendue lorsqu'on ne l'avait pas formellement stipulée; mais ce n'est pas l'hypothèque légale telle que nous l'entendons aujourd'hui, c'est-à-dire créée spécialement pour la femme et en vue de la protéger. Enfin un arrêt du Parlement de Paris, en 1527, reconnaît formellement à la femme, sur les biens du mari, une hypothèque pour son douaire coutumier, et en 1565, le même Parlement décide que lorsqu'il est intervenu dans le contrat de mariage une clause ordonnant le emploi des propres aliénés, la femme a hypothèque, pour ce emploi, à compter du jour du contrat de mariage.

Dès cette époque, l'existence de l'hypothèque légale de la femme n'est plus mise en doute et les discussions qui s'élèvent ont trait seulement au point de départ de cette hypothèque.

Les ordonnances royales viennent successivement en étendre et en sanctionner l'usage; elle se maintient avec son principe d'occultanéité et de généralité jusqu'au droit intermédiaire, jusqu'à la loi du 9 messidor an III, qui dans son article 17 déclare qu'il n'y a plus d'hypothèque tacite ni d'hypothèque indéfinie. La réforme fut sans portée, cette loi n'ayant jamais reçu son application, et la loi du 11 brumaire an VII se contente de soumettre

l'hypothèque de la femme à la publicité qu'elle exigeait pour toutes les hypothèques en général.

Enfin arrive le Code civil, qui reconnaît une institution dont les précédents historiques montraient la nécessité et qui rend à l'hypothèque légale son ancienne force, en la déclarant générale et dispensée d'inscription.

Quant à la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, qui fait l'objet de la partie moderne de cette étude, l'ancienne pratique l'avait reconnue nécessaire et y avait pourvu au moyen des sous-ordres. Nous expliquerons, en étudiant la théorie de la subrogation, ce qu'étaient les sous-ordres dans notre ancienne jurisprudence.

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

De l'hypothèque légale de la femme mariée, considérée au point de vue des personnes qui peuvent s'en prévaloir.

La puissance maritale établie par la loi et, disons-le, aussi bien par la loi naturelle que par la loi civile, met à la disposition du mari la fortune de la femme et, par conséquent, celle de la famille toute entière. Il fallait, comme contre-poids à cette puissance et pour empêcher que le mari ne pût à son gré dissiper la dot, patrimoine de la femme et des enfants, établir une garantie d'un caractère exorbitant du Droit commun et exceptionnellement favorable. Dans ce but, le législateur de 1804 a reconnu et adopté une hypothèque générale et dispensée, pour prendre naissance, de toute formalité.

Mais avec ces divers attributs, l'hypothèque légale

constitue pour la femme un bien, un élément de richesse. Or, comme dans nos mœurs modernes, tout élément de richesse doit être aussi un élément de crédit, il fallait donner à l'hypothèque une certaine mobilité qui en fit un moyen de crédit, tout en restant le moyen d'assurer les droits de la famille contre les abus du mari.

D'un autre côté, le crédit du mari a beaucoup à souffrir d'une pareille charge, qui grève ses propriétés immobilières d'une façon indéterminée, soit quant au temps, soit quant à l'étendue. On comprend combien doit être nuisible aux intérêts du mari l'hypothèque légale avec son caractère général et occulte; aussi verrons-nous la loi et les tribunaux unir leurs efforts pour adoucir les effets de cette hypothèque, et mettre d'accord les principes du droit avec les nécessités de notre organisation économique.

C'est par la subrogation à l'hypothèque légale que ces résultats ont été obtenus. La subrogation, en effet, a un double but : tantôt elle étend le crédit de la femme, tantôt elle atténue les atteintes portées au crédit du mari par l'hypothèque légale.

En étudiant l'hypothèque légale au point de vue des personnes qui peuvent l'invoquer, nous aurons donc à nous occuper de la femme elle-même, et puis de ceux à qui elle peut transmettre ses avantages au moyen de la subrogation.

Première Partie.

Des femmes mariées qui peuvent invoquer l'hypothèque légale.

L'article 2121 du Code civil n'établit aucune différence entre les divers régimes matrimoniaux ; il crée l'hypothèque légale au profit de la femme sur les biens de son mari, par le fait seul du mariage. Cependant, quelle que soit la généralité des termes de la loi, il peut se présenter des difficultés graves que nous allons essayer de résoudre.

Il va sans dire, d'abord, que l'hypothèque ne peut être accordée à la femme que dans le cas où son mariage est valable, ou tout au moins, s'il s'agit d'un mariage putatif, dans le cas où la femme aura été de bonne foi. Une telle union produisant pour les époux de bonne foi tous les effets civils d'un mariage valable, on ne saurait priver la femme du droit à l'hypothèque légale, l'un des plus importants de ces effets civils. Point de difficulté à cet égard

et nous n'insistons pas. L'hypothèque existe ; c'est la seule chose à constater ici. Ce serait sortir du cadre que nous nous sommes tracé que de rechercher qu'elles sont les créances que le mariage putatif fera naître.

Mais l'existence de l'hypothèque peut donner lieu à des doutes à l'occasion de la nationalité des parties, des formes du mariage, de la qualité des biens ou de celle des personnes ; nous allons parcourir les questions principales qui se rattachent à ces divers ordres d'idées, en les rattachant à quatre points ainsi indiqués :

1° *De la nationalité des époux.*

2° *Des formalités requises pour le mariage contracté à l'étranger.*

3° *Du principe de l'inaliénabilité des biens dans ses rapports avec l'hypothèque légale.*

4° *De la femme du commerçant.*

I.

De la nationalité des époux.

Une femme française a épousé un étranger ; jouira-t-elle de l'hypothèque légale sur les biens que son mari pourrait posséder en France ?

Nous laissons de côté le cas où l'étrangère a épousé un français, dans ce cas elle devient française et nous lui appliquons le droit commun. De même, et pour arriver

plus facilement à notre solution, nous écarterons les circonstances particulières qui peuvent modifier la condition de la femme étrangère et nous supposerons qu'il n'existe pas de traité avec le pays étranger relativement à cette hypothèque et que l'étranger n'a pas été autorisé à résider en France. Dans ces divers cas on appliquerait évidemment la loi française. (art. 11 et 13. C. civ.)

Sur la question ainsi posée, deux systèmes sont en présence : chacun d'eux appuyé sur les plus sérieux arguments et soutenu par les noms les plus autorisés dans la doctrine et la jurisprudence.

D'après le premier système, la femme étrangère a, comme la femme française, hypothèque sur les biens de son mari situés en France. On invoque en première ligne l'article 2121 qui accorde l'hypothèque légale à la femme, par cela seul qu'elle est mariée, et sans distinguer si cette femme est française ou étrangère. La femme étrangère, valablement mariée dans son pays, est regardée, dit-on, comme valablement mariée par la loi française, qui ajoute foi aux actes passés en pays étranger, lorsque ces actes sont revêtus des formes voulues dans le pays où ils ont été passés. Et puisque l'hypothèque légale est attachée en France au fait seul du mariage, elle doit garantir à la fois la femme française et la femme étrangère, par la seule raison que cette femme est mariée. D'ailleurs, ajoute-t-on, est-ce que le même motif de protection n'existe pas dans un cas et dans l'autre ? Est-ce que la femme étrangère et la femme française ne se trouvent point dans le même état de dépendance, exposées l'une et l'autre aux dommages que peuvent leur causer la mau-

vaïse administration et les dissipations du mari ? Et n'est-il pas naturel, par conséquent, le danger étant le même, d'accorder la même protection ?

L'article 11 du Code civil qui consacre la réciprocité diplomatique n'est pas applicable, dit-on, en cette matière, car l'hypothèque, bien qu'elle tienne au droit civil par certains points, est du droit des gens et existe chez toutes les nations civilisées. « Les peuples modernes, dit M. Troplong (1), ne sont pas animés de l'esprit exclusif qui dictait aux Romains des lois applicables à leurs seuls citoyens. » Or, si l'hypothèque en général n'est pas refusée à l'étranger, s'il faut dire que vendeur, bailleur, fournisseur, etc., l'étranger aura les privilèges de l'art. 2101 et 2102, pourquoi faire une exception pour l'hypothèque légale qui se présente cependant avec un caractère de faveur et d'équité incontestables.

Alors même que l'hypothèque légale serait un droit civil, il n'y aurait pas là une raison suffisante pour en interdire l'exercice à la femme étrangère. Si, en effet, on lui refuse l'hypothèque légale parce que cette hypothèque constitue un droit civil, il faut aussi, pour être logique, lui refuser l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, le privilège, qui sont aussi des droits civils. Or, une pareille théorie semble impossible à soutenir. (2)

Il faut donc, quel que soit le caractère de l'hypothèque légale, accorder cette hypothèque à l'étrangère comme on lui accorde les autres droits que nous avons énumérés.

(1) Troplong, *Priv. et Hyp.* t. II, n° 513 ter.

(2) Sic Merlin, rép. t. XVII, p. 502.

Indépendamment de la personne qu'elle protège et par sa nature même, dit-on encore, l'hypothèque légale doit être accordée à la femme étrangère. L'hypothèque, en effet, appartient au statut réel et doit être soumise à la maxime *Locus regit actum*. Toutes les fois donc qu'un étranger marié possèdera des immeubles en France, ces immeubles seront grevés de l'hypothèque créée par la loi française au profit de la femme mariée, cette hypothèque existera, en vertu de la maxime que nous venons de rapporter, abstraction faite de la nationalité du possesseur ou du propriétaire de l'immeuble.

Le système que nous exposons, invoque en sa faveur la distinction que faisait d'Aguesseau (1) entre le statut réel et le statut personnel : « Le véritable principe en cette matière, disait-il, est qu'il faut distinguer si le statut a directement les biens pour objet, ou leur affectation à certaines personnes, ou leur conservation dans les familles, en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la personne dont on examine les droits ou les dispositions, mais l'intérêt d'une autre dont il s'agit d'assurer la propriété ou les droits réels, qui ait donné lieu de faire la loi ; ou si, au contraire, toute l'attention de la loi s'est portée vers la personne pour décider en général de son habileté ou de sa capacité générale et absolue, comme lorsqu'il s'agit de mineurs ou de majeurs, de père ou de fils légitime ou illégitime, d'habile ou inhabile à contracter pour des causes personnelles. Dans le premier cas, le statut est réel ; dans le second, il est personnel. » Comment ne pas

(1) 54 Plaidoyer.

reconnaître dans l'hypothèque légale ce but de conservation des biens dans les familles, dont parle d'Aguesseau ! Or, si l'hypothèque légale est du statut réel, l'immeuble possédé par l'étranger est possédé par lui, suivant la loi française (art. 3, Code civil), avec la qualité que la loi lui reconnaît, avec la qualité d'époux. L'immeuble sera donc soumis à l'hypothèque légale qui est une charge imposée par la loi française.

Tels sont les moyens mis en avant par les défenseurs de cette première opinion (1).

Le deuxième système nous semble plus juridique et plus vrai, et nous croyons, en nous y conformant, que la femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

Et d'abord, l'art. 2121 ne nous semble pas devoir être aussi largement interprété que veulent bien le dire nos adversaires. Sans doute, cet article ne distingue pas si la femme est française ou si elle est étrangère ; sans doute, celle-ci comme l'autre peut être faible, inexpérimentée, dépendante de son mari. Mais ce n'est pas une raison pour accorder à toutes deux indistinctement, le bénéfice de l'hypothèque légale, édictée par la loi française. Et il est certain que l'exercice d'une si grande faveur sera plus dangereux pour le crédit public, entre les mains de la femme étrangère qu'entre les mains de la femme française. Nous ne pouvons oublier en effet, que l'hypothèque légale, si juste en elle-même et toute de

(1) Troplong. *Hyp.* t. II, nos 429 et 513 ter. — Pont, *Priv. et Hyp.* t. I, n° 428. — Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, n° 174.

protection pour la femme et sa famille, renferme aussi pour les tiers un principe dangereux. Ce danger résulte, on le sait, du caractère à la fois occulte et général de l'hypothèque légale et, s'il est vrai de dire qu'il se trouve amoindri par les solennités et la notoriété qui s'attachent à la célébration d'un mariage en France, on est forcé de reconnaître qu'il subsiste tout entier quand il s'agit d'un mariage célébré hors du territoire. Qu'arrive-t-il, en effet, dans ce dernier cas ? L'étranger vient en France où il possède des immeubles : les tiers traitent avec lui trompés par cette apparente richesse, et au jour du paiement ils se verront dépouillés par une femme étrangère, ayant une hypothèque sur les biens situés en France ! Cependant on comprend que les tiers ne sont pas en faute ; il leur est bien difficile de savoir si l'étranger est marié, où et quand il a contracté son union : c'est donc avec un grand esprit de réserve qu'en doit interpréter l'art. 2121.

Le danger couru dans notre espèce par les tiers qui peuvent traiter avec le mari, n'a pas échappé à la vigilance du législateur. Ce n'est point à coup sûr par inadvertance ou par oubli que l'art. 2121 reste muet sur le point de savoir si la femme étrangère a droit à l'hypothèque légale. On a édicté des articles spéciaux, en effet, dans cette matière hypothécaire, pour reconnaître les droits des étrangers quand on l'a voulu. Ainsi, l'art. 2123 décide que l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus à l'étranger qu'autant que ces jugements ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. L'art 2128 refuse aux contrats passés en pays étrangers le droit de conférer hypothèque sur les biens situés en France. Dans

les deux cas, il est vrai, les traités peuvent changer cet état de choses ; c'est l'application de l'art. 11. Mais dans le silence caractéristique, il faut adopter la solution, résultant des articles 8 et 11, C. civ. combinés, et reconnaître ainsi que la femme française jouit seule de l'hypothèque légale.

Observons que ce n'est pas seulement dans l'hypothèse où les époux étrangers se seront mariés hors de France, que nous refuserons l'hypothèque légale à la femme étrangère ; nous la lui refuserons aussi lorsqu'elle se sera mariée en France, parce que ce n'est pas seulement la publicité de l'hypothèque qui est en jeu ; c'est son existence même que nous dénions, aux termes de l'art. 11. Sans doute, lorsque le mariage a été contracté à l'étranger, la clandestinité probable de ce fait, par rapport au français, serait un argument de plus pour que nous refusions à l'étrangère l'hypothèque légale qu'on veut lui accorder ; et si cette considération a son importance à raison de ce qu'habituellement les étrangers se marient dans leur pays, nous avons bien le droit de l'invoquer ici. Mais ce n'est là qu'une considération secondaire dont le législateur a pu se préoccuper ; ce n'est pas la base principale des raisonnements du jurisconsulte. Il faut, ou qu'un texte de loi, ou qu'un traité confère à l'étranger le droit civil qu'il ne possède pas en thèse générale : l'hypothèque légale ne lui étant pas accordée, il ne peut en réclamer la faveur. Voilà notre thèse.

A la proposition que nous venons d'émettre on répond que l'hypothèque légale n'étant pas du droit civil, mais du droit des gens, ne tombe pas sous l'application de

l'art. 11, qui distingue entre ces deux catégories de droits.

Nous consentons à admettre que l'art. 11 doit s'expliquer par une distinction à faire entre les actes du droit civil et ceux du droit des gens. Cette solution est discutée, il est vrai ; mais quant à nous, nous l'admettons et nous pouvons par cela même accepter la discussion sur ce terrain. Nous tâcherons donc de réfuter l'allégation qui consiste à prétendre que l'hypothèque est une institution du droit des gens, pour en conclure qu'elle doit être appliquée à l'étranger comme au français.

Pothier (1), examinant la question de savoir si les actes reçus par les notaires des pays étrangers peuvent produire hypothèque sur les biens du royaume, et combattant l'opinion de Dufresne et de Basnage, nous dit : « L'hypothèque est bien en soi du droit des gens, mais la manière de l'acquérir sans tradition est établie sur notre droit civil qui exige que la convention soit faite par un acte même de l'autorité publique. » Ce qui est du droit des gens, c'est le mariage ; mais ses conséquences secondaires, notamment les effets qu'il produit par rapport aux biens des époux, tout cela, bien certainement, appartient au droit privé de chaque nation et forme le droit civil, applicable aux nationaux seulement.

D'ailleurs, s'il était vrai que l'hypothèque appartint au droit des gens, elle serait reconnue et usitée chez tous les peuples policés, ainsi que le dit fort bien un arrêt de

(1) Pothier. — *Cout. d'Orléans*, tit. xx, ch. 4, sect. 1, n° 9.

la Cour de Douay, rapporté dans Sirey (1). « Les choses du droit des gens se distinguent des choses du droit civil, en ce que les premières dérivant de la raison naturelle sont admises par tous les peuples ; tandis que les secondes, nées de circonstances et de besoins particuliers, ne doivent leur existence qu'à la loi civile. »

A cette dernière classe appartient évidemment l'hypothèque légale, car toutes les législations ne l'admettent pas. Ainsi, dans le canton de Fribourg, l'hypothèque de la femme sur les biens du mari est conventionnelle ; le Code de Neuchâtel ne reconnaît pas d'hypothèque légale. Le Droit Romain lui-même ne l'avait admise que dans ses derniers temps, et à l'époque de la jurisprudence classique, on ne songeait pas même à son existence.

Nous arrivons donc à cette conclusion que l'hypothèque légale est une institution du droit civil et que, par application de l'art. 11 tel que nous l'interprétons, elle doit rester spéciale au français.

C'est aux lois, c'est aux Codes de chaque pays à veiller aux intérêts de leurs nationaux. Et s'il est vrai de dire, comme dans l'opinion contraire, que la femme étrangère mérite, aussi bien que la femme française, la protection de la loi, cela ne doit s'entendre, lorsqu'on est en dehors des principes du droit des gens, que du cas où il y a réciprocité de protection de la part de la loi étrangère, réciprocité reconnue par un traité international.

Enfin, on nous oppose que l'hypothèque étant du statut réel, on n'a pas à se préoccuper de la nationalité de celui

(1) Sirey 1844, 2, 239.

qui l'invoque ; mais nous ne sommes pas convaincus que l'hypothèque appartienne au statut réel. Assurément, il est bien difficile de distinguer l'un de l'autre le statut réel, du statut personnel. Voici, cependant, d'après M. Demolombe, une distinction qui paraît devoir être adoptée : « La loi est réelle, dit-il, lorsqu'elle a pour objet prédominant et essentiel les biens eux-mêmes ; lorsqu'elle a principalement en vue les biens et ne s'occupe des personnes qu'accessoirement ; »... lorsqu'elle « n'agit sur les personnes qu'à titre de moyen, si je puis dire ainsi, pour atteindre le but final qu'elle se propose à l'égard des biens pour en régler, pour en diriger la transmission. » La loi est personnelle, au contraire, « lorsqu'elle ne s'occupe des biens qu'accessoirement, qu'à titre de moyen, pour atteindre le but final qu'elle se propose à l'égard de la personne dont elle veut, avant tout, réglementer l'état dans toute son étendue (1). »

M. Demolombe tire de ces principes la conséquence suivante : « Il me semble que l'hypothèque légale, attribuée à la femme mariée, ne forme qu'une disposition accessoire de la loi personnelle du mariage, et qu'elle ne devrait pas dès lors appartenir aux étrangers, mais uniquement aux français seuls, régis par cette loi personnelle dont les dispositions corrélatives et indivisibles sont tout à la fois pour eux des lois d'incapacité et de protection. »

Les annotateurs de Zachariæ, MM. Aubry et Rau disent encore à propos de l'hypothèque légale : « Que l'hypothèque en général soit du statut réel, nous ne le con-

(1) Demol. t. 4, n° 76.

testons pas ; mais l'hypothèque, par cela qu'elle est légale, change de caractère et est établie alors en faveur de certaines personnes seulement, en considération de leur condition juridique ou de la nature de leurs rapports avec ceux sur les biens desquels portent ces hypothèques. » C'est par rapport à ces personnes qu'elle existe : donc elle appartient au statut personnel. Il arrive alors pour l'hypothèque, ce qui arrive pour les privilèges, et de même que ceux-ci existent pour certaines créances considérées en elles-mêmes, l'hypothèque légale est créée pour certaines personnes qui méritent une faveur particulière. Ces personnes ne peuvent se prévaloir de l'hypothèque légale qu'en invoquant la loi française ; or celle-ci, nous l'avons vu, est faite seulement pour les nationaux. Nous arrivons ainsi tout naturellement à notre conclusion, qui consiste à refuser à la femme étrangère l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France

Cette opinion a, entre autres avantages, celui d'être en harmonie avec le principe de réciprocité adopté par notre Code civil. Pourquoi d'ailleurs, poussés par un sentiment d'extrême philanthropie, accorderions-nous aux étrangers plus de droits civils qu'ils ne nous en accordent ! Nous ne prétendons pas vouloir dire que le législateur moderne, imitant en cela l'orgueil du législateur romain, doive réserver aux nationaux seuls la protection de ses lois, ni soumettre les étrangers, comme au moyen-âge, aux rigueurs du droit d'aubaine ; mais il nous paraît de toute justice qu'après leur avoir accordé les droits que tous les peuples civilisés reconnaissent, on

doive s'arrêter là et leur refuser surtout ceux de ces droits, tels que l'hypothèque légale, dont l'exercice serait plus dangereux entre leurs mains qu'entre les mains des nationaux. Accordons aux étrangers ce que nous sommes certains de retrouver chez eux, mais n'allons pas plus loin, et surtout, pour leur être favorables, n'exposons pas à de véritables dangers nos nationaux.

L'opinion que nous venons d'adopter est celle d'un grand nombre de jurisconsultes, tels que MM. Grenier, Duranton, Demolombe, etc. (1).

Par exception, l'hypothèque légale devra être accordée dans deux cas : 1° Lorsque l'étranger aura été autorisé à résider en France ; car dans ce cas, dit l'art. 13, il jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider. La femme étrangère qui, d'après l'art. 12, doit suivre la condition de son mari, jouira des mêmes droits civils que lui, et bénéficiera, par conséquent, de l'hypothèque légale.

Une deuxième exception résulte encore des dispositions combinées des art. 11 et 2128. Le premier de ces articles consacre le principe général de la réciprocité diplomatique, et le second applique ce principe à l'hypothèque (2).

(1) Cette doctrine a été implicitement confirmée par la Cour de Cass, arrêt du 5 févr. 1872, D. P. 75-1-76. J. du P., 1875,

(2) Dalloz, 46-2-165. — 51-2-10. — 54-2-13.

II.

Des formalités requises pour le mariage contracté à l'étranger.

Nous avons refusé l'hypothèque à la femme étrangère sur les immeubles de son mari, situés en France. Devrions-nous également la refuser à la femme qui aura épousé un français, mais dont le mariage aura été célébré à l'étranger, et lorsque le mari, de retour en France, ne se sera pas conformé aux prescriptions de l'art. 171 du Code civil.

Nous ne nous préoccupons pas des formes de ce mariage lui-même. Que l'on se soit marié devant les agents consulaires français, ou bien suivant les formes adoptées dans le pays, par application de la règle *locus regit actum*, cela nous importe peu. Nous supposons le mariage contracté à l'étranger, conforme à toutes les règles exigées pour sa validité. Nous laissons donc de côté toutes les questions qui peuvent s'élever sur ce point et qui n'ont rien de commun avec les questions spécialement relatives à l'hypothèque légale. Nous supposons le mariage valable.

Mais d'après l'art. 171, l'acte de célébration du mariage d'un français à l'étranger, doit être transcrit dans les trois mois du retour en France, et nous avons à nous

demander si l'omission de cette formalité doit entraîner, comme conséquence, la perte de l'hypothèque. En d'autres termes, si le lieu où le mariage a été célébré peut avoir quelque influence sur l'existence de l'hypothèque légale.

La jurisprudence (1) avait d'abord décidé que, malgré la validité du mariage, l'hypothèque légale en résultant ne pouvait avoir lieu en France qu'en se conformant aux règles prescrites par les lois françaises et notamment par l'art 171. On comprend l'esprit de cette jurisprudence : la Cour de Cassation pensait indubitablement que la publicité des hypothèques était une des bases du crédit public et que l'hypothèque légale de la femme, dispensée d'inscription, devait être connue des tiers, ou bien par l'insertion de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil, ou bien par la transcription du mariage contracté à l'étranger sur ces mêmes registres. Mais alors, pour être conséquente, la Cour de Cassation aurait dû déclarer que l'hypothèque légale ne serait remontée, dans ce dernier cas, qu'au jour de cette transcription, en raisonnant par analogie de l'art. 2135, qui fait remonter l'hypothèque légale au jour de la célébration pour les dettes existantes à ce jour. On voit à quelles solutions arbitraires cette décision devait amener. Aussi n'a-t-elle pas été longtemps suivie ; et par un arrêt du 23 novembre 1840, la Cour de Cassation est revenue vers une opinion plus juste, en déclarant que l'hypothèque légale est un effet civil et une conséquence nécessaire du mariage valable. Et la Cour

(1) Arrêt de Cass., 6 janvier 1824.

suprême établit avec raison qu'on ne saurait proposer la nullité du mariage pour inobservation de l'art. 171 (1).

Cette solution nous paraît la seule conforme aux principes. Décider autrement et donner pour sanction à l'art. 171 la perte de l'hypothèque légale, ce serait implicitement faire considérer le mariage comme nul, puisqu'aux termes de l'art. 2121, il suffit qu'il y ait mariage valable pour que, par le fait même, l'hypothèque légale prenne naissance. Or, faire dépendre le sort du mariage, de l'inobservation des formalités prescrites par l'art. 171, en se basant sur ce seul article, serait arbitraire. Il faudrait un texte formel ; ce texte nous ne le trouvons pas dans le Code, et si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous y voyons que les rédacteurs n'ont certes pas voulu se montrer aussi rigoureux que nos adversaires peuvent le penser. Dans la séance du 4 vendémiaire an x, en effet, il fut question au Conseil d'État de la sanction à donner à l'art. 171 du Code civil. Après une longue discussion, il fut décidé qu'une amende serait la disposition pénale, au moyen de laquelle on assurerait l'exécution de cet article.

Nous pouvons conclure de là que la disposition qui nous occupe, a un but simplement réglementaire et est destinée à rendre plus promptes et plus faciles, les recherches sur l'état du français marié hors du territoire ; mais elle est loin, nous le voyons, d'avoir été prescrite à peine de nullité du mariage, et par conséquent ne doit pas faire tomber l'hypothèque.

(1) Dalloz, 41-4-46. — 53-2-478. — 54-5-424. — 56-1-9.

M. Demolombe fait justement remarquer que l'art 171 n'est imposé qu'au français qui rentre en France ; s'il demeure à l'étranger , son mariage reste valable et la femme conserve son hypothèque. « Comment » ajoute le jurisconsulte que nous citons « comment serait-il possible que lorsque les époux seront en France , lorsqu'ils y auront la possession d'état, lorsque leur mariage sera notoire, comment serait-il possible que le mariage ne produisit pas alors les effets qu'il aurait continué à produire, si les époux fussent restés en pays étranger. »

Mais, ajoute-t-on , le français, de retour en France, est en faute en ne se conformant pas aux prescriptions de la loi et c'est la faute même que l'on punit, en annulant le mariage.

Singulière sanction, en effet, et qui aura pour but, alors que le mari est en faute, de punir précisément la femme en lui enlevant son hypothèque ! Ce serait là, d'ailleurs, un moyen bien simple offert au mari, pour se soustraire à l'hypothèque légale : il n'aurait qu'à ne pas faire la transcription et, par là, ses biens redeviendraient complètement libres et disponibles. Ce serait, dit M. Demolombe, remettre à sa discrétion une garantie dirigée précisément contre lui et, ajouterons-nous, le faire jouir des fruits de sa faute.

Nous demeurons donc persuadé que l'inobservation de l'art. 171 n'aura pour effet ni d'annuler le mariage ni de faire tomber l'hypothèque légale qui en est la conséquence inévitable. D'autre part nous ne pouvons admettre le système rejeté depuis longtemps par la Cour de Cassation, en vertu duquel, tout en déclarant le mariage valable, on

dénierait l'existence de l'hypothèque, par suite du défaut de transcription sur le registre français. C'est une sanction complètement arbitraire que rien n'autorise, et à l'occasion de laquelle la Cour de Cassation a eu, très-opportunément, le courage de se déjuger. Les observations que nous présentions en terminant la réfutation du système précédent, s'appliqueraient surtout ici, puisque le mari resterait marié et qu'il pourrait se soustraire, tout en conservant son titre, aux conséquences du mariage qui sont, pour la femme, les principales garanties accordées par la loi.

III.

Du principe de l'inaliénabilité des biens dans ses rapports avec l'hypothèque légale.

Quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, l'hypothèque de la femme existe, mais son existence, dans tous les cas, est subordonnée à l'existence même d'une créance de la femme contre le mari (1).

Nous nous proposons d'examiner si la femme dotale dont l'immeuble est inaliénable ou bien aliénable seulement avec emploi, peut, lorsque l'immeuble a été indûment aliéné, exercer à son choix l'action personnelle contre

(1) Pont, Priv. n° 555.

son mari, ou l'action réelle, ou bien seulement l'action réelle que lui accorde l'art. 1560. Dans le premier cas, l'hypothèque de la femme garantirait son action personnelle, dans le second cas, il ne serait pas question d'hypothèque légale. Problème trop grave, à notre point de vue, pour que nous puissions le passer sous silence.

Si nous refusons à la femme l'action personnelle, c'est parce que nous reconnaitrons qu'elle n'est pas créancière de son mari, par le fait de l'aliénation indûment faite, et que n'ayant dès lors, malgré la vente, cessé d'être propriétaire, nous devons lui appliquer la maxime « *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* »

Le principe de la discussion, c'est donc l'inaliénabilité du fonds dotal, inaliénabilité déclarée par la loi elle-même et qui a pour effet de rendre nulle la vente qui pourrait être consentie par l'un ou l'autre des époux, ou par les deux conjointement. Sans doute, nous ne prétendons pas que cette aliénation soit radicalement nulle : cela serait contraire aux termes mêmes de l'art. 1560. Et d'ailleurs, nous savons que la femme en pareil cas et pour recouvrer son immeuble aliéné, a besoin de s'adresser à la justice. Mais la nullité que nous reconnaissons est telle que la vente ne peut produire aucun effet, sans qu'on ait à distinguer entre les parties contractantes, puisque la nullité peut être prononcée sur la demande de la femme, sur celle du mari ou même sur celle du tiers-acquéreur, si ce n'est ni par sa faute ni par sa négligence qu'il a ignoré la dotalité. C'est l'opinion de MM. Rodière et Pont, qui nous paraît devoir être adoptée. Faite par le

mari , la vente est nulle comme émanant d'un non propriétaire; faite par la femme, elle est nulle, parce que celle-ci est placée, par la loi elle-même, dans une condition d'incapacité qui lui défend les actes de cette nature. Mais la prohibition édictée par la loi, l'incapacité qui pèse sur la femme, tout cela n'est établi que dans son intérêt et doit disparaître quand son intérêt même devrait en souffrir. Aussi quand la femme croira qu'il est de son avantage de faire révoquer la vente de l'immeuble faite par son mari, et de rentrer en possession de cet immeuble plutôt que d'en demander le prix, elle fera révoquer l'aliénation. Quand, au contraire, elle verra son avantage dans le maintien de cette aliénation, alors, se prévalant de la créance qu'elle a contre son mari par le fait de la vente, créance à laquelle la loi attache l'hypothèque, alors, disons-nous, elle s'adressera, non pas au tiers-acquéreur mais à son mari et lui demandera le prix qu'il a retiré de l'immeuble vendu. Sauf du reste au tiers, qui aurait été trompé, à demander lui-même la nullité de la vente, s'il le trouve opportun, conformément au droit que nous lui reconnaissons tout à l'heure.

Dans ces circonstances, le droit d'option, accordé à la femme, se comprend très-bien et trouve sa base dans des considérations de famille qui ne sont pas restées étrangères au législateur : la femme, au lieu d'exposer, par la revendication, son mari à une action récursoire de la part des tiers-acquéreurs, se contente alors d'une créance, et aucun trouble n'est apporté ni dans le ménage ni dans les rapports du mari avec ses acquéreurs.

Mais la situation nous paraît gravement modifiée

lorsque la femme se trouve en concours avec des créanciers hypothécaires de son mari, postérieurs à l'aliénation de son immeuble. Pourra-t-elle alors, s'interposant entre le mari et ses créanciers, se présenter elle-même comme créancière et se prévaloir du bénéfice de son hypothèque ? Nous croyons que ce serait là, malgré toute la protection que la loi accorde à la femme, un système injuste, et préjudiciable à des créanciers qui ont été de bonne foi, dans l'impossibilité ou du moins dans la très-grande difficulté de connaître la vente des immeubles. L'on nous dit, il est vrai, que par cela seul qu'ils traitaient avec un homme marié, ils ne devaient pas ignorer, quelle que fût la richesse apparente de leur ayant-cause, que leur créance serait toujours primée par l'hypothèque générale de la femme, qui remonte très-fréquemment à la célébration du mariage ; qu'ils ont bien voulu par là s'exposer à un danger, dans lequel il est juste de faire tomber et s'évanouir leur créance. Mais au contraire, dans un pareil cas, les créanciers n'ont raisonnablement rien à se reprocher. S'ils ont prêté leur argent, c'est qu'ils savaient que leur emprunteur était marié sous le régime dotal et que les biens de la femme se composaient, non pas de créances, mais d'immeubles dont l'aliénation était prohibée. Ils avaient donc le droit de se croire en sûreté, à l'occasion des reprises de la femme. C'est sur la foi de cette situation qu'ils ont accordé au mari le crédit qu'il leur demandait. Ils ne doivent pas prévoir que ce bien, qui appartient à la femme, peut devenir pour eux une véritable source de préjudice. Le contrat de mariage, est le titre qui doit les éclairer sur la situation des époux,

sur la nature des biens qui constituent leur patrimoine ; et lorsqu'un bien est déclaré inaliénable par le contrat de mariage , les créanciers ne doivent-ils pas être autorisés à le considérer comme tel. On ne peut pas leur reprocher de ne s'être pas enquis de l'état des transcriptions, depuis le contrat de mariage, parce qu'on ne peut pas les obliger à soupçonner le mari de commettre des illégalités et des fraudes. Il est certain que, dans notre hypothèse, toute aliénation est au moins une fraude ou une illégalité.

La créance dont nous discutons l'existence, née à l'improviste, rendrait l'hypothèque plus dangereuse encore que d'habitude, à cause de la clandestinité de son origine. En suivant donc la doctrine que nous combattons, on sacrifie impitoyablement l'intérêt des tiers et par là même on porte, au crédit du mari, un coup mortel dont le crédit en général doit naturellement ressentir l'atteinte.

Que va-t-il résulter, en effet, de l'attribution à la femme de la double action ? D'un côté, nous venons de le voir, les tiers ne voudront pas prêter au mari, parce qu'ils seront exposés à être primés par la femme ; de l'autre, le tiers acquéreur de l'immeuble, sachant bien que son acquisition peut ne pas être définitive, à cause du vice dont elle est entachée, ne sera nullement encouragé à donner à l'immeuble les soins que lui donnerait un véritable propriétaire, et le laissera, si non dépérir, du moins dans un état de mauvais entretien.

Voilà donc une situation précaire relativement à deux catégories de personnes, ayant des intérêts différents. De

ces deux catégories, la première, celle des créanciers, n'est nullement en faute. Quand ceux-ci ont traité avec le mari ils étaient de bonne foi et dans l'ignorance complète de l'aliénation par lui faite des immeubles dotaux. Eh bien, cette ignorance même, de laquelle ils ne pouvaient que difficilement sortir, doit suffire, à notre avis, pour leur assurer la protection de la loi. Bien différente se trouve la situation du tiers-acquéreur. Peut-on admettre qu'il se soit trompé sur la nature du bien qu'il achetait, et qu'il n'ait pas aperçu le vice de son acquisition? Est-il possible qu'un homme achète un bien sans voir les titres de propriété, sans en connaître l'origine? Et dans le cas où il aurait commis une pareille imprudence, ne doit-on pas lui appliquer la maxime : *Damnum non sentire videtur, si culpâ suâ evenit?* C'est donc sur lui, plutôt que sur tout autre, que la loi doit peser de toute sa rigueur. Si cependant il est reconnu, en fait, qu'il a été victime d'une tromperie organisée et que son ignorance ne résulte pas de sa faute, il serait inique de lui refuser l'initiative de l'action en nullité, et c'est pour cela que nous la lui avons accordée.

Ainsi donc, au nom de l'équité, au nom de la morale, au nom même des principes, la femme, en concours avec des créanciers de son mari doit être réduite à la seule action qui lui compète, c'est-à-dire à l'action en reprise de son bien dotal, qui ne pouvait pas être vendu et qu'elle peut reprendre, lorsqu'il a été vendu contrairement à la prohibition de la loi.

On peut aussi nous objecter que nous ne tenons pas assez compte de l'intérêt de la femme et que nous res-

treignons même l'étendue normale de l'hypothèque dans le cas, par exemple, où l'immeuble aurait subi, dans les mains du tiers, des détériorations. Mais la réponse se trouve dictée par les principes généraux. Pour les dégradations dont les immeubles dotaux ont eu à souffrir, la femme a toujours une action. La créance, résultant de ces dégradations est, nous le savons, garantie par une hypothèque légale que les tiers ont dû prévoir et qui remonte au jour du mariage. Mais qu'importe que ces dégradations aient été commises par le mari lui-même, ou par un tiers qu'il a mis à sa place? Les détériorations commises par les tiers-acquéreurs, seront réparées comme si elles avaient été commises par le mari lui-même. Qu'on ne nous reproche donc pas de sacrifier les intérêts légitimes de la femme.

Nous ne prétendons pas, par conséquent, que l'aliénation ne puisse être l'occasion d'une créance au profit de la femme contre le mari; nous voulons que cette créance se borne aux détériorations commises par les tiers. Mais donner à la femme le droit de demander au mari de l'argent à la place de son immeuble, lorsque cet immeuble existe et qu'elle pourrait le revendiquer, c'est ne tenir aucun compte des considérations souvent décisives, qui ont fait adopter le régime dotal: considérations d'affection ou d'intérêt, qui, dans l'intention du constituant, rattachent étroitement la femme à la possession des immeubles qui lui ont été constitués en dot.

Il peut se faire qu'au lieu d'avoir été détérioré, l'immeuble aliéné ait acquis une plus-value. Dans ce cas, pourrait-on nous dire, l'hypothèque sera pour la femme

l'unique moyen dont elle pourra user, si sa position pécuniaire ne lui permet pas de rembourser à l'acquéreur le montant de la plus-value. Laissant alors de côté l'action en revendication, qui serait pour elle trop coûteuse, elle aurait tout intérêt à agir hypothécairement contre son mari.

Certainement cette objection devrait être écoutée, s'il était possible de supposer que le tiers-acquéreur fût, dans certains cas, digne de protection ; mais nous sommes convaincu que c'est toujours sur lui que doivent retomber les conséquences fâcheuses de la vente, faite par le mari. De deux choses l'une, en effet : ou le tiers se sera enquis de la dotalité de l'immeuble, ou il ne s'en sera pas enquis. S'il s'en est informé, s'il a acheté sciemment et volontairement un immeuble dotal inaliénable ou un immeuble qui ne devenait aliénable que sous la condition de emploi, condition dont le tiers-acquéreur n'a pas surveillé l'exécution, est-ce qu'il ne doit pas être responsable de sa faute commise sciemment, et s'il achète sans s'inquiéter de l'origine de la propriété et des conditions de dotalité dont elle est affectée par le contrat, n'est-il pas encore dans une condition fâcheuse de négligence ? N'est-il pas légitime de le frapper de la peine de l'éviction, par cela seul que soit sciemment, soit involontairement, mais par négligence, il n'a pas étudié l'origine de la propriété et le caractère des vices, qui en empêchaient l'aliénation et la circulation ? Notre raisonnement ne tomberait que si le tiers justifiait qu'il n'y a eu de sa part ni faute ni même négligence, et dans ce cas, en effet, nous ne consentirions pas à lui faire supporter les

conséquences d'un acte dans lequel il a été victime d'une tromperie ; les conséquences de cette tromperie devraient alors retomber sur leur auteur.

Pour nous résumer, nous dirons que la femme a une action pendant le mariage : cette action est celle de l'article 1560. Le droit d'option que nous lui refusons pendant le mariage, lui appartiendra sans doute, quand le mariage sera dissous, en ce sens que, d'une part, on ne peut pas la contraindre à faire résoudre l'aliénation, et que, d'autre part, il est de principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais l'hypothèque légale ne peut pas être invoquée, car si la femme renonce à revendiquer son immeuble, elle se présente alors non plus avec une créance de femme mariée, mais comme créancière chirographaire de ceux qui ont profité de l'aliénation.

IV.

De la femme du commerçant.

Dans les hypothèses diverses que nous venons de parcourir, nous avons supposé qu'il s'agissait du cas général où le mari exerce une profession civile ou n'en exerce aucune déterminée. Nous n'achèverons pas cet examen des questions les plus importantes, se rattachant aux modifications que peut subir l'hypothèque légale, sans dire un mot de la classe particulière des femmes qui ont

épousé un commerçant. Dans ce cas exceptionnel, le législateur, tout en conservant son système de protection pour les intérêts de la femme, a dû se montrer plus soucieux de l'intérêt des tiers, et pour ne pas entraver les affaires du mari, pour laisser à son crédit le plus d'extension possible, il a restreint l'hypothèque légale dans la juste mesure compatible avec la protection due à la femme et avec l'intérêt du crédit public. Ici la législation civile s'efface, sous certains rapports, devant la législation commerciale et la femme du commerçant n'est plus la femme du droit commun, lorsqu'elle se présente pour opérer ses reprises et invoquer son hypothèque légale à l'encontre des créanciers de la faillite.

L'art. 563 du Code de commerce, restreint l'hypothèque de la femme mariée aux immeubles qui appartiennent au mari lors de célébration du mariage, ou qui lui sont advenus depuis par succession ou par donation entre-vifs ou testamentaire. Il résulte de là que l'hypothèque légale n'atteint pas les biens acquis par le mari pendant le mariage; ces biens sont censés achetés avec l'argent des créanciers et cette considération suffit pour que la femme ne puisse se présenter que comme créancière chirographaire.

L'hypothèque légale s'appliquera donc ou ne s'appliquera pas, suivant qu'il y aura ou non possibilité de croire que l'argent des créanciers a servi au mari dans les améliorations ou l'acquisition de ses immeubles. Ainsi, le mari échange un immeuble soumis à l'hypothèque, il est évident que l'immeuble acquis à la place du premier subira la même charge. Il faut même ajouter que l'hypo-

thèque porterait sur la totalité de l'immeuble acquis en contre-échange, quand même il serait plus considérable que l'immeuble aliéné, et quoique le mari eût été obligé de payer une soulte à raison de l'infériorité de la valeur de son ancien immeuble. L'immeuble acquis est, en effet, subrogé en bloc à l'immeuble aliéné et l'on pourra dire du nouvel immeuble, ce que l'on disait relativement à l'hypothèque de l'ancien « *est tota in toto et tota in qualibet parte.* »

La solution devrait être la même dans l'hypothèse, assez fréquente en pratique, où le mari obtient, en vertu d'un partage ou d'une licitation, la totalité d'un immeuble dans lequel il avait un droit indivis. Le partage ou la licitation ne lui enlèvent point sa qualité d'héritier ou de successible, et le bien qui est acquis par lui est censé lui avoir appartenu en totalité, dès l'instant de l'ouverture de la succession. Ce bien doit donc être soumis entièrement à l'hypothèque de la femme. Les créanciers du mari auront-ils le droit de se plaindre d'une pareille décision? Non assurément, car l'art. 882 du Code civil leur donne un moyen bien simple d'empêcher que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, en leur permettant d'y intervenir: « tant pis pour eux, dit M. Demangeat (1), s'ils n'ont pas profité de cette faculté. »

M. Demangeat, d'accord avec la jurisprudence, sur la question précédente, se trouve en désaccord avec elle sur le point de savoir si l'hypothèque de la femme du failli doit s'étendre à la plus value, résultant des constructions

(1) Demangeat, notes sur B. Veyrières, t. 5, page 564.

que le mari peut avoir faites sur l'immeuble. La jurisprudence invoque en sa faveur l'art. 2133 du Code civil, d'après lequel l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations, faites sur l'immeuble hypothéqué (1). M. Demangeat prétend, au contraire que, par les constructions, un second immeuble se trouve créé, distinct du premier et ne pouvant être rangé dans la catégorie de ceux qui appartenaient au mari avant le mariage, ou qui lui sont échus depuis à titre de succession ou de donation ; que, par conséquent, cet immeuble doit échapper à l'hypothèque de la femme.

Quant à nous, il nous semble que l'on doit, en cette matière, laisser une large part à l'appréciation et se prononcer tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, suivant l'importance des travaux exécutés par le mari. Si, par exemple, les constructions sont de telle nature qu'elles aient gravement modifié l'immeuble primitif et exigé de grandes dépenses, la solution indiquée par M. Demangeat, nous paraît devoir être suivie. Si, au contraire, ces constructions sont telles, qu'elles puissent être facilement envisagées comme un accessoire de l'immeuble, la maxime *accessorium sequitur sortem principalis*, devra, croyons-nous, être appliquée de telle sorte que les créanciers de la faillite n'aient pas plus de droits sur la plus-value, qu'ils n'en avaient sur l'immeuble lui-même. Nous ne considérerions donc pas ici le juge comme lié par les termes de l'article 2123 ; nous livrerions la solu-

(1) Arrêt de la Cour de Rouen, du 29 décembre 1855. Arrêt de la Cour de Grenoble, du 28 juin 1858. — Dev. 57-2-753. — 59-2-249.

tion à son appréciation ; il s'agit ici de régler équitablement les relations de la femme avec les créanciers de la faillite. On a voulu prendre des mesures spéciales pour sauvegarder les droits de ces derniers ; c'est donc en vertu de règles spéciales que nous devons nous prononcer. Or, ces règles spéciales sont celles du droit commercial, qui a pour principe de donner plus de latitude au juge que dans les matières du droit civil. Nous concluons que le juge doit apprécier en toute liberté.

Observons que la restriction de l'article 563 du Code de commerce, n'existe aux dépens de la femme, que dans les relations de celle-ci avec les créanciers d'une faillite, et que, par conséquent, si la femme est en concours avec les créanciers de son mari non failli, ou dont la faillite a cessé, elle pourra exercer son hypothèque légale avec toute l'étendue que lui donne le droit commun.

L'état de faillite modifie gravement, nous venons de le voir, l'étendue de l'hypothèque légale de la femme ; mais ne faut-il pas aller plus loin encore, et voir dans la faillite un obstacle à l'existence même de l'hypothèque, lorsque le mariage a été célébré dans les dix jours qui ont précédé la cessation de paiements ?

Cette question, avant la loi du 25 mai 1838, modificative du titre des faillites, était sujette à controverse ; car de la généralité des termes de l'article 443 du Code de commerce, on pouvait très-bien conclure que la prohibition d'acquérir un privilège ou une hypothèque sur les biens du failli, dans les deux jours précédant la faillite, devait s'étendre même à l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari ; mais, en présence de

la rédaction nouvelle de l'article 446, qui a remplacé l'ancien article 443, la controverse n'a guère plus, à notre avis, de raison d'être, et l'opinion qui accorde à la femme, même dans ce cas, l'hypothèque légale doit rester victorieuse. Voici, en effet, comment s'exprime l'article 446, actuellement en vigueur : « Sont nuls et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal, comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, toute hypothèque *conventionnelle* ou *judiciaire*, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées. » L'article, on le voit, ne parle que des hypothèques conventionnelles et judiciaires ; il nous paraît donc bien certain qu'on a voulu exclure l'hypothèque légale. C'est le cas, nous semble-t-il, d'appliquer la maxime : *Qui dicit de uno, negat de altero*.

Ce système est, du reste, conforme aux principes qui régissent l'hypothèque légale. La femme, en effet, n'*acquiert* pas cette hypothèque, elle ne la stipule pas, mais la reçoit de la loi. A ce point de vue, notre opinion pouvait se soutenir, même antérieurement à la loi de 1858, et en présence des expressions « nul ne peut acquérir » de l'ancien article 443. Elle ne nous paraît pas douteuse aujourd'hui. Admettre le contraire, serait créer à la femme une situation trop désavantageuse, lorsque de bonne foi, ignorant le prochain désastre dans lequel vont être engloutis, le plus souvent, avec sa fortune, la paix de son ménage et le patrimoine de ses enfants, elle a con-

senti à son union. Refuser l'hypothèque légale, c'est trop se préoccuper des intérêts purement commerciaux et ne pas tenir un compte suffisant du caractère élevé de ce contrat, qui va enchaîner l'existence de la femme et créer une nouvelle famille.

La solution nous paraît plus délicate dans l'hypothèse suivante, parce que le caractère légal de l'hypothèque ne s'y manifeste pas aussi clairement. Il s'agit de savoir si la femme d'un commerçant, qui dans la période de temps prescrite par l'article 446 du Code de commerce, c'est-à-dire dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements, ou bien depuis cette époque, se sera solidairement engagée avec son mari, jouira de l'hypothèque légale pour la garantie de son recours contre le mari.

Nous avons vu, dans la question précédente, que si le mariage, contracté ~~dans~~ les dix jours antérieurs à la faillite, n'était pas dépourvu de l'effet de donner naissance à l'hypothèque de la femme, c'était surtout parce que l'hypothèque, dans ce cas, n'ayant qu'indirectement un caractère conventionnel et étant produite par la loi elle-même, on ne devait pas la suspecter. Dans l'espèce actuelle, au contraire, ce caractère purement légal de l'hypothèque semble être modifié par ce fait qu'ici elle prend naissance, en vertu d'un acte que les parties sont parfaitement maîtresses de faire ou de ne pas faire, d'une opération qui a un caractère purement pécuniaire, à la différence du mariage, de telle sorte que l'hypothèque paraît ici n'avoir de légal que sa source. Ne peut-on pas dire, dès-lors, qu'il dépendra de la volonté de la femme de frustrer la masse des créanciers chirographaires en exerçant son

recours hypothécaire à la date de son engagement, ou bien encore de favoriser un de ces créanciers à l'encontre des autres, en lui cédant son recours? C'est la crainte d'une pareille fraude et en même temps l'absence d'un texte précis sur la question, qui expliquent le désaccord de la jurisprudence à cet égard; et si un arrêt de la Cour de Poitiers, du 16 janvier 1860, a décidé que l'hypothèque légale, résultant d'un semblable engagement, devait, comme l'hypothèque conventionnelle, être frappée d'impuissance, c'est que, à ses yeux, dans un cas comme dans l'autre, l'hypothèque pouvait être le résultat d'un concert frauduleux. Cet arrêt, cependant, quoique refusant l'hypothèque légale, maintient l'engagement de la femme, parce qu'il n'existe pas de raison juridique pour affranchir celle-ci des obligations qu'elle a contractées.

La Cour de cassation (1) n'a pas adopté cette doctrine et a validé, à juste raison, selon nous, et l'engagement de la femme et l'existence de l'hypothèque qui en résulte.

La doctrine de la Cour suprême est celle à laquelle on se trouve amené par le texte même de la loi. Suivons, en effet, l'enchaînement des articles qui ont trait à la question : que voyons-nous? D'abord, l'article 1431, d'après lequel la femme qui s'engage conjointement avec son mari, est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être engagée comme caution; ensuite, l'article 2135, qui garantit par l'hypothèque légale les engagements contractés par la femme avec son mari. Telle est la règle générale, qui ne doit recevoir d'exception que d'un texte précis. Ce texte

(1) Arrêt du 24 décembre 1860. — D. 64. t. 558.

nous manque, car l'article 446 du Code de commerce, le seul qui puisse être invoqué contre la solution, déclare nulles seulement les hypothèques conventionnelles et judiciaires, établies à l'époque de la faillite, par le débiteur sur ses biens. Mais l'article est muet à l'égard de l'hypothèque légale et son silence significatif nous amène à dire que le législateur a voulu laisser l'hypothèque légale, régie par les articles 1431 et 2135 du Code civil, quelle que soit, d'ailleurs, la nature de l'acte que l'hypothèque est appelée à garantir. La créance de la femme contre le mari existe, cela n'est point douteux, en présence des articles que nous venons de citer. Cette créance n'est pas soumise à des règles spéciales; elle devra, comme toutes les autres, conférer à la femme le bénéfice de l'hypothèque légale.

Reste le motif tiré d'une fraude possible, organisée à l'encontre de la masse; et, sous ce rapport encore, la doctrine adoptée par la Cour de cassation est parfaitement juridique. Si, en effet, la fraude existe chez la femme aussi bien que chez le mari, ce n'est pas seulement l'hypothèque légale qui doit être annulée, c'est l'acte lui-même. Mais, si le mari seul est de mauvaise foi, ce n'est plus la femme qui trompe, c'est elle qui est trompée. Or, l'hypothèque légale a été établie précisément pour garantir la femme contre l'effet des erreurs qu'on pourrait lui faire commettre. « Il ne faut donc pas s'étonner, dit Troplong, si l'hypothèque légale n'est pas assimilée aux hypothèques conventionnelles et judiciaires : la femme serait sacrifiée à la masse des créanciers; la femme doit être protégée, et non pas sacrifiée. Remarquez, d'ail-

leurs, » ajoute ce jurisconsulte, « qu'il ne s'agit pas ici d'une dette antérieurement contractée et venant se fortifier par un cautionnement. Il s'agit d'une dette de la femme, contractée dans les dix jours, pour sauver son mari, et l'opération ne serait annulée, que si on pouvait apercevoir une participation de la femme à la fraude. »

Deuxième Partie.

De la subrogation à l'hypothèque légale et spécialement des personnes qui peuvent y prendre part.

Dans notre législation, la nature du droit, accordé à la femme de renoncer aux garanties créées en sa faveur, n'est pas nettement définie et la subrogation à l'hypothèque légale de la femme ne fait pas, dans le Code, l'objet d'articles spéciaux. Ce droit existe cependant, consacré par les besoins impérieux de la pratique et par la nécessité dans laquelle se trouve le législateur de reconnaître et de sanctionner des conventions, qui se produisent très-fréquemment sous des apparences et des noms très-divers, et qui sont essentiellement conformes aux intérêts du crédit public.

Certains auteurs ont pourtant soutenu que le Code civil avait refusé à la femme la faculté de céder et d'abandonner ses droits de reprises ou plutôt l'hypothèque qui les garantit. Ils ont vu dans ces divers actes des infractions aux

articles 2144 et 2145 du Code civil, parce que ces articles ne permettent la restriction de l'hypothèque légale, pendant le mariage, qu'avec le concours de la justice. Puisque l'hypothèque légale, disent-ils, ne peut être restreinte par la seule volonté de la femme, à plus forte raison ne peut-elle pas être abandonnée. D'autres ont réclamé des textes précis, destinés à limiter un pouvoir qui leur paraissait amener les plus fâcheuses conséquences. Malgré ces avis différents, nous devons reconnaître que les opérations contractuelles, par lesquelles la femme peut modifier ses droits hypothécaires au profit d'autres personnes, sont conformes aux intérêts du crédit public, sans porter une atteinte trop grave aux principes protecteurs que le législateur paraît avoir voulu admettre par rapport à la femme. De même que la loi permet à cette dernière de cautionner son mari, de vendre ses meubles ou ses immeubles propres, elle doit être présumée l'autoriser à se dépouiller de tous les droits pécuniaires, qui lui appartiennent et comptent dans son patrimoine.

Nous devons reconnaître toutefois que la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, telle qu'elle existe aujourd'hui, n'était pas connue dans l'ancien droit français. Mais ce qui prouve qu'autrefois comme aujourd'hui elle formait une institution nécessaire, c'est que nous voyons la pratique s'efforçant de combler une aussi grave lacune et imaginant une procédure dont les résultats étaient à peu près les mêmes, que ceux de la subrogation. Cette procédure, adoptée par la jurisprudence du Parlement de Paris, permettait aux créanciers opposants en sous-ordre de faire valoir leur droit de préférence sur

la collocation allouée dans l'ordre à leur débiteur. Ils se présentaient dans le sous-ordre à la date de leur inscription, comme leur débiteur lui-même s'était présenté dans l'ordre, et faisaient valoir leurs droits hypothécaires sur le montant de l'allocation (1). Cette procédure, si facilement praticable, avait l'inconvénient de ne pouvoir être appuyée sur aucune base juridique. Comment expliquer, en effet, que le droit hypothécaire des créanciers sous-opposants, pût recevoir son application sur une somme d'argent, c'est-à-dire sur une chose purement mobilière ? De Héricourt, au moyen d'une fiction, a essayé de justifier ce système. D'après lui, le créancier opposant en sous-ordre serait regardé comme saisi dans la proportion de ce qui lui est dû, de partie de l'immeuble hypothéqué à son débiteur. Cet immeuble, grevé d'une sorte de droit réel au profit du créancier opposant en sous-ordre, constituerait le gage saisi par l'opposition de ce dernier.

Dès lors plus de difficulté, car l'opposant en sous-ordre ayant un droit réel sur le bien hypothéqué, il est tout naturel de le colloquer selon son rang hypothécaire (2). Pothier vient ensuite, qui accepte cette théorie et lui donne une base nouvelle, en déclarant que « le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque, *pignus pignori dari potest*, » et que le créancier opposant en sous-ordre se borne à exercer son droit hypothécaire

(1) De Héricourt, traité de la vente des immeubles par décret ; édit. de 1759, t. 1. Ch. 43, sec. 4, p. 318.

(2) De Héricourt, traité de la vente des immeubles par décret ; édit. de 1759, t. 1. Ch. 44, sec. 4, n° 41, p. 281.

sur l'hypothèque appartenant à son débiteur (1). Cette théorie n'est plus en désaccord avec les principes juridiques, puisque l'hypothèque, étant un droit réel, il n'est pas impossible d'en faire un immeuble fictif et par conséquent de la frapper elle-même d'hypothèque. L'existence de cette théorie n'a cependant pas été de longue durée, car l'art. 2118 du Code civil, ne rangeant pas l'hypothèque parmi les choses susceptibles d'hypothèque et l'art. 775 du Code de procédure, prescrivant de distribuer le montant de la collocation du débiteur, comme chose mobilière, entre ses créanciers inscrits ou opposants avant la clôture, une lacune se trouvait de nouveau dans la loi. Pour la combler, les praticiens se sont remis à l'œuvre et ont organisé la subrogation à l'hypothèque légale.

Nous aurons à nous demander successivement qu'elles sont les personnes qui peuvent subroger et au profit de qui peut avoir lieu la subrogation. Mais avant de nous occuper des personnes, que nous étudierons aussi complètement que possible, il nous paraît nécessaire de faire connaître la nature de cette opération juridique et les divers procédés qui sont pratiqués sous son nom. Nous dirons également quelques mots de ses formes et de ses effets. La deuxième partie de notre thèse française se trouvera donc divisée en trois points principaux ainsi indiqués :

(1) Pothier, De la proc. civ. t. ix., édit. de Dupin 1827, partie 4, Ch. 2, sect. 5, art. 12, § 3, p. 268, traité de l'hyp., t. viii, Ch. 1^{er}, § 1^{er}, p. 535.

I. Aperçu sur la nature et les effets de la subrogation et sur ses formes.

II. Des personnes qui peuvent subroger.

III. Des personnes au profit de qui peut avoir lieu la subrogation.

I.

Aperçu sur la nature et les effets de la subrogation et sur ses formes.

§ 1^{er}. — *Nature et effets de la subrogation.*

L'art. 2118 du Code civil, et l'art. 775 du Code de procédure, le premier déclarant que l'hypothèque et les privilèges inscrits ne sont pas susceptibles d'affectation hypothécaire, le second que le montant de la collocation du débiteur doit être distribué, comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre, sont la négation de la jurisprudence du Parlement de Paris et de la doctrine de Pothier.

Mais comme aucune institution, répondant à un besoin social, ne peut être impunément omise ou abandonnée, la subrogation à l'hypothèque légale a survécu à l'oubli dans lequel le législateur semblait l'avoir laissée.

Sa disparition, avons-nous déjà dit, nuisait au crédit des femmes dont la fortune n'était que mobilière, car ces femmes, se trouvant dans l'impossibilité d'affecter hypothécairement leurs créances hypothécaires, ne pouvaient, par cela même, donner à leurs propres créanciers des garanties suffisantes. D'un autre côté, le crédit des maris possédant des fortunes immobilières était particulièrement entravé par la prépondérance persistante de l'hypothèque légale. Aussi, nul ne se souciait de traiter avec un mari dont les biens pouvaient être absorbés en totalité par les reprises de la femme.

Or, une situation préjudiciable aux intérêts du mari, l'est nécessairement par contre-coup à ceux de la femme, et c'est ainsi que, de deux façons, l'hypothèque légale portait atteinte aux intérêts qu'elle avait en vue de protéger, c'est-à-dire aux intérêts de la femme mariée, en l'atteignant dans sa personne et dans celle de son mari.

Sans doute, d'une part, on s'était préoccupé de l'embarras que pouvait occasionner au mari, l'hypothèque de la femme, lorsque les biens sur lesquels portait cette hypothèque dépassaient de beaucoup les garanties sur lesquelles la femme devait pouvoir compter. Mais les formalités de la restreinte de l'hypothèque légale étaient trop compliquées pour devenir usuelles. Au surplus, la loi indique, d'une manière rigoureuse, quel doit être l'état des immeubles du mari. Enfin le résultat à obtenir, après avoir vaincu ces difficultés, était insuffisant pour répondre aux nécessités de la pratique, que nous constatons tout à l'heure, au point de vue des intérêts du crédit et des intérêts du mari.

D'autre part la femme, pour étendre ses moyens de crédit et d'action, pouvait, il est vrai, recourir à la cession de créances proprement dite, ou bien au nantissement. Mais la cession de créances constitue un abandon trop absolu des droits de la femme. Ce qu'elle veut d'ordinaire, c'est ou bien étendre le crédit de son mari en levant des obstacles qui éloignent les tiers, ou bien se donner du crédit à elle-même. Mais cela n'implique nullement de sa part la volonté d'abandonner complètement les droits que le contrat de mariage lui confère contre son mari. Elle veut donner à celui-ci du crédit ou s'en donner à elle-même ; mais elle n'entend pas aller au-delà. D'ailleurs, la cession n'est guère compatible par sa nature avec le caractère éventuel des créances qui pourront compéter à la femme à la dissolution du mariage.

La subrogation, telle qu'elle est imaginée, se soustrait à ces divers inconvénients. Au moyen de cette opération, la femme abandonne à son gré tout ou partie des garanties de ses droits de reprises. L'abandon qu'elle fait, bien qu'étant éventuel, en ce sens qu'il est subordonné à la condition que le créancier aura besoin de l'invoquer, est cependant définitif et irrévocable vis-à-vis de la femme.

Si le subrogé est désintéressé sans avoir à invoquer le bénéfice de la subrogation, la femme sera censée alors ne lui avoir jamais cédé aucune des garanties qui protégeaient ses reprises matrimoniales. Ajoutons encore que la subrogation, venant s'adjoindre comme accessoire au contrat principal qu'elle garantit, ne s'exercera jamais que jusqu'à concurrence de ce contrat : la femme con-

servera toujours ses prérogatives pour l'excédant de sa créance.

Ainsi donc, danger bien moindre pour la femme, garantie complète pour les tiers, tels sont les avantages que la subrogation présente sur les opérations auxquelles nous venons de la comparer.

La subrogation à l'hypothèque légale de la femme n'a de commun, avec la subrogation proprement dite, que le nom, et elle diffère de cette dernière sous tous les rapports. L'une, en effet, opère, d'après l'opinion dominante, l'extinction de la dette et détruit d'une manière définitive les rapports du créancier primitif avec son débiteur ; l'autre n'est le plus souvent qu'un déplacement de garanties entre créanciers.

Ainsi, même lorsque l'opération portera non-seulement sur les garanties, mais sur le fonds du droit, sur la créance, comme dans la cession de créances, telles que nous devons la concevoir ici, cette cession n'aura point pour effet d'éteindre définitivement et dès à présent le droit de la femme, mais de le paralyser entre ses mains et d'en subordonner l'extinction au besoin dans lequel se trouvera le créancier d'avoir recours à lui.

L'opération dont nous cherchons à déterminer la nature est donc distincte de toutes celles que nous venons d'énumérer, se rapprochant tantôt de l'une, tantôt de l'autre, mais ne pouvant jamais être complètement confondue avec elles.

On la trouve désignée par les parties, tantôt sous le nom de *cession de créances*, de *cession du droit d'antériorité*.

rité, de cession d'hypothèque, ou bien encore de renonciation à l'hypothèque. Mais, dans ces formes diverses, la nature et le but en restent les mêmes : c'est toujours une convention par laquelle la femme se dépouille de ses droits de reprises, en tant qu'ils pourront être nécessaires à un tiers, pour se faire colloquer sur le prix des immeubles du mari.

Mais quoique ce soient là les traits caractéristiques de la subrogation à l'hypothèque légale, il ne faut pas cependant faire abstraction complète de la différence des expressions employées par les parties. Il faut rechercher, au contraire, si c'est volontairement que le choix de ces expressions a été fait, et voir, dans ce cas, les conséquences diverses que chacune d'elles est appelée à produire.

Nous allons donc successivement parcourir les différentes formes revêtues par l'hypothèque légale.

A. — Cession de créance.

Lorsque nous constatons que la femme mariée a voulu user de son hypothèque légale pour augmenter le crédit de son mari ou le sien ; lorsque, en d'autres termes, les circonstances nous amènent à dire que la femme a voulu accomplir une de ces opérations que nous venons de comprendre sous le nom générique de subrogation à l'hypothèque légale, les mots employés par elle n'auront plus leur sens technique. Il faudra leur donner le sens

spécial que les parties ont voulu leur attribuer. Ainsi , lorsque le mot *cession* de créances ou droits de la femme aura été employé dans les circonstances que nous venons de décrire, il ne devra pas produire ses effets ordinaires.

Lors donc que les parties emploient pour la subrogation à l'hypothèque les mots *cession* ou *transport*, on ne peut pas y voir une vente de créances. Transformer l'acte par lequel la femme cède ses droits contre son mari, en un contrat de vente, ce serait faire violence à l'intention des parties. Cette observation a une grande portée, car, d'après les principes de la *cession*, la femme perdrait d'une manière absolue et définitive ses droits éventuels; tandis que, nous le disions tout à l'heure, son sacrifice est soumis à une condition : l'utilité des créanciers en vue desquels la femme a consenti à le faire. Sans doute, la femme peut, si elle le veut, faire une *cession* de créances proprement dite; mais ce que nous croyons pouvoir affirmer, c'est qu'il ne faut présumer ni même admettre facilement que la femme a voulu faire une véritable *cession* de créances dans les opérations de la nature de celles qui nous occupent.

Il ne faut pas cependant faire abstraction complète des mots employés par les parties : et ce qui, à notre avis, devra caractériser la subrogation faite sous le nom de *cession* ou *transport*, c'est que, dans ce cas, le créancier pourra se prévaloir non-seulement de l'hypothèque légale, mais encore de tous les autres accessoires dont la femme aurait pu user contre son mari pour arriver à la réalisation de sa créance. Nous démontrerons plus loin, en parlant de la *cession* d'hypothèque, que la séparation des

créances et des droits qui les garantissent est une opération parfaitement juridique et licite.

Notre interprétation a donc l'avantage de tenir compte de l'effet naturellement relatif qui se rattache aux opérations dont nous nous occupons, et en même temps de l'extension que les parties paraissent avoir voulu donner à cette opération en cédant, non pas seulement l'hypothèque, mais la créance toute entière.

Puisque, dans l'opération que nous venons de décrire, nous ne voyons pas une véritable cession de créances, mais plutôt ce que la pratique appelle la subrogation à l'hypothèque étendue aux autres accessoires des créances de la femme, les formalités de l'art. 1690 n'auront pas besoin d'être accomplies; c'est elle qui restera créancière, et par conséquent le mari ne pourra opposer à la femme elle-même ou au créancier subrogé, que les causes d'extinction qui atteignent la créance de la femme. — Nous n'avons pas besoin d'ajouter que, s'il résultait des termes employés, que l'on a voulu faire une véritable cession, un véritable transport de la créance, l'art. 1690 devrait être appliqué, et alors les effets ordinaires de la cession devraient se produire.

B. — *Cession du droit d'antériorité.*

Au moyen de cette opération, la femme cède à un créancier hypothécaire, auquel elle est préférée, le rang de sa créance contre le mari. La cession d'antériorité peut être

considérée comme un échange de rang hypothécaire, en sorte que si le créancier, dont la femme a pris le rang, en lui cédant celui qu'elle avait, si ce créancier laisse son droit s'éteindre, il se met dans l'impossibilité de fournir à la femme ce qu'il lui a promis, et celle-ci, invoquant l'art. 1184, peut faire résoudre la convention et se faire restituer son rang primitif.

Cela posé, il est difficile de comprendre pourquoi la Cour de cassation (1) se refuse à appliquer les mêmes règles dans deux cas qui nous semblent parfaitement analogues : l'extinction de la créance et la péremption de l'inscription hypothécaire. Dans ce dernier cas, la femme, perdant par la faute du créancier le rang sur lequel elle devait compter et qui lui était donné en échange du sien, a le droit de dire qu'on ne lui donne pas ce qu'on lui avait promis ; la péremption de l'inscription rendant quelquefois tout à fait vain le droit hypothécaire. La cession du droit d'antériorité est donc un contrat synallagmatique ; c'est donc une opération complexe qui doit clairement résulter des termes du contrat ; mais il n'y a pas de formule sacramentelle, et les juges pourront admettre ce résultat lorsque les circonstances indiqueront l'intention probable des parties. S'agit-il, par exemple, des relations de la femme avec un créancier hypothécaire du mari, il nous paraît difficile de voir autre chose que cet échange de rang, véritable contrat synallagmatique, dans ces mots de *cession du droit d'antériorité*, ou même dans d'autres équivalents, employés par les par-

(1) Cass., arrêt du 9 août 1865, D. 66, 1, 33.

ties. Il est certain, d'ailleurs, que ces mots perdraient le sens technique que nous leur attribuons, si l'opération avait été pratiquée par la femme, à l'égard de tout autre qu'un créancier hypothécaire du mari.

C. — *Cession d'hypothèque.*

La cession d'hypothèque est faite par la femme au profit d'un créancier chirographaire du mari. Ici, la femme se dépouille en faveur d'une autre personne, non pas de sa créance ni des avantages en général qui la garantissaient, mais seulement de l'hypothèque légale; et cette garantie, la femme la recouvrera si le subrogé n'a pas besoin, pour être payé, d'exercer des poursuites contre le mari, son débiteur. La convention qui a ainsi pour but de détacher d'une créance ses garanties accessoires pour faire vivre celles-ci d'une vie indépendante, semble à certains auteurs être contraire aux principes juridiques, et susceptible de faire surgir de graves inconvénients. M. Bertauld (1) y voit une impossibilité résultant de ce que l'hypothèque ne peut, sans s'évanouir, être séparée de la créance qui en est le sujet; l'accessoire, dit-il, doit être intimement lié au sort du principal. A l'appui de cette considération, on signale les inconvénients pratiques qui résulteraient de ce que le créancier ayant, par exemple, plusieurs immeubles

(1) Bertauld, *de la subrogation*, p. 35.

affectés au paiement de sa dette, pourrait, en conservant une garantie suffisante sur l'une de ses propriétés, trafiquer de son hypothèque en tant qu'elle frapperait les autres immeubles.

Si sérieuses que paraissent ces observations, peu d'auteurs cependant se sont laissé convaincre, et leur nombre, déjà restreint avant la loi du 23 mars 1855, s'est encore amoindri depuis cette époque. Les rares auteurs restés fidèles à cette opinion et entr'autres M. Bertauld, se refusent à voir la solution de la question dans les termes de l'art. 9 de la loi précitée, qui cependant paraissent fort explicites. En effet, l'emploi des expressions *renonciation à l'hypothèque*, *cession de l'hypothèque*, sans aucun rappel de la créance, ne semblent-ils pas indiquer que le législateur a voulu lever tous les doutes sur la possibilité pour la femme de faire, de l'hypothèque seule, l'objet de ces diverses transactions ?

Et si maintenant, en dehors de l'autorité des textes, nous cherchons une solution dans les principes juridiques, nous arrivons au même résultat. Bien que le droit d'hypothèque implique l'idée d'une créance, il a cependant une individualité distincte, une vie propre et susceptible de devenir l'objet d'une convention. Ce qui le prouve, c'est que l'hypothèque peut naître avant ou après l'obligation principale et s'éteindre en vertu de causes particulières. Ce droit, en outre, est purement pécuniaire, par conséquent, négociable et transmissible; et puisque aucune loi n'en défend la cession, il ne saurait arbitrairement être mis hors du commerce, et nul n'a intérêt ni qualité pour se plaindre de ce que la cession

ne comprend qu'un accessoire, un émolument de la créance, au lieu d'embrasser la créance toute entière.

D'ailleurs, nous l'avons dit plus haut, les travaux préparatoires de la loi de 1855 viennent à l'appui de notre manière de voir. Ajoutons que l'on ne doit pas craindre, comme les partisans du système contraire, le trafic que pourrait faire la femme à l'aide de l'hypothèque qu'elle conserverait sur les autres immeubles du mari. L'hypothèque, en effet, a été constituée pour garantir le paiement d'une somme déterminée ; elle a des limites certaines qu'elle ne peut franchir, et alors même que la valeur des immeubles hypothéqués serait de beaucoup supérieure à la somme garantie, cette somme une fois payée entre les mains de la femme ou de ses ayants-droit, tous les immeubles sont dégrevés, car chacun n'est affecté au paiement que pour le cas où la femme ne serait pas déjà entièrement désintéressée, et n'aurait pas reçu par elle-même, ou par ses représentants, le montant total de la créance.

D. — *Renonciation à l'hypothèque.*

C'est le plus souvent sous la forme d'une renonciation que la femme met les tiers à l'abri des droits que la loi lui accorde sur les biens de son mari. Que la renonciation soit expresse ou tacite, les effets en sont toujours difficiles à déterminer. La grande loi à suivre ici, comme dans les hypothèses précédentes, c'est de rechercher

l'intention des parties ; notre préoccupation doit donc être encore d'établir ce qu'il faut présumer à cet égard.

N'oublions pas, tout d'abord, que la renonciation à l'hypothèque, sous quelque forme qu'elle se produise, ne constitue pas un abandon général, de la part de la femme, des garanties attachées à ses reprises. Par le fait de la renonciation, le droit hypothécaire de la femme n'est pas anéanti d'une façon absolue, et à l'égard de toute personne indistinctement ; mais seulement à l'égard d'une personne déterminée, à l'égard du tiers bénéficiaire de la renonciation : en un mot, l'effet de cette convention est purement relatif.

Pourtant, une renonciation qui devrait profiter d'une façon générale aux créanciers actuels du mari, ou bien aux créanciers auxquels le mari confèrera immédiatement les avantages dont la femme se dépouille, ne nous paraît pas absolument impossible. Nous serions d'autant plus disposés à admettre cette renonciation, que l'article 2144 du Code civil borne les formalités requises pour la restriction de l'hypothèque légale, au cas où c'est le mari qui demande cette restriction contre la femme, et que, par cela même, l'article 2144 ne semble pas s'appliquer au cas où c'est la femme qui agit et qui renonce de son chef. Ce que la loi défend, croyons-nous, c'est seulement une renonciation conçue en termes absolus, et qui, à raison de sa généralité, pourrait profiter au mari lui-même, surtout s'il s'agissait d'une renonciation qui dût porter aussi bien sur le passé, que sur l'avenir. Nous croyons, en d'autres termes, que la femme ne peut pas renoncer d'avance à invoquer l'hypo-

thèque légale contre des créanciers qui n'existent pas. Ce serait aller contre une mesure de protection établie par la loi dans un intérêt que nous pouvons, comme les Romains, mais à un autre point de vue qu'eux, rattacher à des considérations d'ordre public.

Tantôt cette opération investira le tiers des droits auxquels la femme renonce, tantôt son effet sera purement extinctif de ces mêmes droits : c'est là un point de fait qui doit être laissé à l'appréciation des tribunaux. Suivant que la question sera jugée dans un sens ou dans l'autre, les conséquences en seront toutes différentes. Si, par exemple, la renonciation est translatrice, le tiers bénéficiaire prendra la place de la femme et sera payé intégralement, si toutefois le montant de sa créance n'excède pas le montant des créances de la femme. La renonciation le mettra à la place où l'aurait mis la cession d'antériorité, et la femme conservera, comme dans la cession d'antériorité, ceux de ses droits qui lui resteront après le prélèvement de la créance de son subrogé.

Ainsi, l'immeuble du mari se vend 40,000 francs. Trois créanciers sont inscrits sur cet immeuble : la femme, pour 30,000, première inscrite ; Primus, 15,000 ; Secundus, 15,000. La femme consent à une renonciation en faveur de Secundus. Dès lors celui-ci prélève les 15,000 montant de sa créance, et la femme prend ce qui lui reste sur les 30,000 francs, c'est-à-dire 15,000. La situation de Primus n'a pas été changée, il obtient les 40,000 francs qu'il aurait obtenus s'il n'y avait eu aucune renonciation.

Bien différents sont les effets de la renonciation extinc-

tive. Qu'arrive-t-il ici ? La femme renonce à son droit hypothécaire en faveur d'un tiers, sans pourtant le lui céder. Cette renonciation nous paraît être une mainlevée de l'hypothèque, mais en tant qu'elle pourra être utile au bénéficiaire, et sans que les tiers puissent en profiter aux dépens de celui-ci. Ainsi, en prenant l'exemple ci-dessus, la renonciation extinctive que pourrait faire la femme au profit de Secundus serait valable, parce que celui-ci, n'ayant dès lors, avant lui, que la créance de Primus, 15,000 francs, obtiendrait, grâce à la disparition de la femme, le montant intégral de sa créance. Mais, si nous supposons la créance de Primus s'élevant à la somme de 40,000 francs, la renonciation que ferait la femme, ne devant en rien modifier la situation de Secundus, serait nulle. Dans le cas où cette renonciation est valable, elle a pour conséquence de faire monter d'un rang tous les créanciers placés entre le subrogé et la femme; ceux-ci semblent profiter, par là, d'une stipulation à laquelle ils sont restés étrangers, et le système que nous exposons paraît être la violation de la règle *res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*. — Mais on s'accorde généralement à voir, dans la renonciation extinctive, une promesse d'abstention par laquelle la femme s'engage à renoncer à son droit, seulement dans le cas où elle devrait, en l'exerçant, porter préjudice au droit du subrogé. Il serait inique et anti-juridique d'admettre que la femme renonçante sera privée de son droit, même lorsque celui au profit duquel cette renonciation aura été faite, n'en devrait pas profiter.

L'effet, tantôt translatif, tantôt extinetif, est commun, à notre avis, à toutes les renonciations que peut faire la femme, soit expresses, soit tacites. On a dit, il est vrai (1), que dans le cas de renonciation tacite, l'intention de la femme n'étant pas clairement exprimée, la convention, dans le doute, devait s'interpréter en faveur du débiteur, et que, par suite, la renonciation tacite devait toujours être considérée comme extinctive. Une opinion toute contraire (2) a prétendu que la renonciation tacite a toujours le même effet qu'une cession de droits et présente un caractère translatif.

Pour nous, il nous semble que toute solution absolue doit être écartée ici, comme dans l'hypothèse où il s'agit d'interpréter les effets d'une renonciation expresse, et qu'il y a lieu de décider de la même façon dans un cas et dans l'autre, suivant l'intention des parties. L'assimilation entre les deux espèces de renonciations, résulte clairement des termes de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855; pourquoi dès lors ferions-nous une distinction que le législateur ne fait pas lui-même.

La difficulté qui existe lorsqu'il s'agit d'apprécier l'effet d'une renonciation, n'est pas moins grande lorsqu'il s'agit de savoir dans quel cas il peut y avoir une renonciation tacite. Nous connaissons assez toute la gravité d'un pareil acte, pour que nous croyions devoir rejeter l'opinion des auteurs, qui semblent multiplier trop aisément les cas de renonciation. Nous ne devons

(1) Benech. *Du nantissement*, p. 64.

(2) Troplong. *Hyp.*, 603.

pas perdre de vue, en effet, que l'opération dont il s'agit porte toujours sur l'extinction ou sur la translation d'un droit réel. Ajoutons que, d'après la loi de 1855, la renonciation ne peut se faire que dans la forme authentique. Ces deux observations doivent suffire pour montrer que l'on ne devra pas présumer la renonciation, dans le cas, par exemple, où la femme se sera engagée seule ou solidairement avec son mari envers un créancier chirographaire de ce dernier. Aucun droit réel n'est en jeu dans cette convention, et l'on ne doit pas, à moins d'une mention expresse, y faire intervenir l'hypothèque de la femme, soit pour l'anéantir, soit pour la faire passer sur la tête du créancier. La doctrine de la Cour de cassation est conforme, du reste, à cette théorie, et elle en a même tiré pour conséquence que le jugement de condamnation contre la femme, prononcé en vertu d'une obligation solidaire contractée par les époux, ne confère au créancier aucun droit sur l'hypothèque légale, et ne fait que donner à l'obligation antérieure la sanction d'une hypothèque judiciaire, sans la modifier dans aucune de ses clauses et conditions, qui font la loi des parties.

Le créancier chirographaire du mari ne pourra donc jamais, croyons-nous, se prévaloir d'une renonciation tacite de la femme, par cela même qu'elle aura contracté seule ou solidairement un engagement envers lui.

Cependant, toute différente serait la solution, quand la femme se trouve en présence d'un créancier hypothécaire du mari. La renonciation peut se présumer ici plus facilement que dans l'hypothèse précédente, parce que ses effets seront moins exorbitants. Elle ne créera pas un

droit réel, car ce droit existe déjà, et de plus, elle aura ici, comme la constitution d'hypothèque, le caractère d'authenticité qu'exige la loi de 1855. Il y a donc tout lieu de croire que la femme qui s'engage solidairement avec son mari envers un créancier hypothécaire de ce dernier, ou qui assiste à l'acte constitutif d'une hypothèque en faveur de ce créancier, a bien voulu renoncer, à son égard, à ses propres garanties. Du reste, c'est toujours d'après la volonté présumée des contractants que l'on doit se décider, en ces diverses matières, et si, par exemple, la présence de la femme à l'acte pouvait s'expliquer par d'autres motifs que l'intention de renoncer à son hypothèque légale, il faudrait décider qu'il n'y a pas de renonciation, parce que la renonciation est un fait grave, que l'on ne doit pas admettre facilement.

Il arrive quelquefois que ce n'est pas au profit d'un créancier que la femme renonce à ses droits, mais bien au profit d'un tiers-acquéreur des immeubles du mari, qui désire dégrever les immeubles qu'il acquiert.

Dans ce cas, si l'immeuble acquis n'est grevé d'aucune autre hypothèque que celle de la femme, l'acquéreur sera mis à l'abri du recours de cette femme elle-même, ou de l'action des créanciers auxquels elle pourrait ultérieurement céder son hypothèque. Mais, si l'immeuble était grevé d'hypothèques autres que celles de la femme, et qu'il fut obligé de purger ou de délaisser, l'acquéreur devrait-il être considéré comme pouvant exercer les droits hypothécaires de celle-ci, à l'encontre des créanciers postérieurs en rang à la femme? En d'autres termes, la femme aurait-elle abandonné au tiers-acquéreur son droit

de préférence, en même temps que son droit de suite ? Nous pensons que lorsque la femme renonce à son hypothèque, il faut la considérer comme l'ayant abandonnée toute entière. Les restrictions ne se présument pas ; il faut les formuler expressément. La femme sera donc censée avoir abandonné tous ses droits hypothécaires, lorsqu'elle n'aura pas dit le contraire ; et si l'acquéreur a payé le prix, il pourra, pour en obtenir la restitution, se présenter au rang que la femme aurait elle-même occupé dans l'ordre.

Ainsi, le juge doit rechercher l'intention des parties en se basant sur les circonstances et sur les termes employés par elles. Si, par exemple, la femme est seule créancière hypothécaire sur l'immeuble aliéné, ou si elle est la dernière en rang, certainement la renonciation est simplement extinctive ; mais si le tiers-acquéreur, ayant payé le prix, a intérêt à se prévaloir d'un droit de préférence, que la femme aurait pu opposer à d'autres créanciers, c'est aux juges à examiner si, en fait, ce droit a été transmis. La présomption, suivant nous, est en faveur de la transmission, toutes les fois qu'elle pourra être utile au tiers-acquéreur, et qu'on n'aura pas dit le contraire. Si cette transmission n'a pas lieu, la femme n'aura perdu que son droit de suite, et pourra encore exercer son droit de préférence.

En résumé, nous venons de voir qu'en principe, la propriété des créances reste entre les mains de la femme, et que l'exercice des prérogatives attachées au recouvrement de ces créances est seul transmis au subrogé. Nous avons, en un mot, refusé de voir dans la subrogation à

l'hypothèque légale une véritable cession de créances ; aussi devons-nous décider que toutes les causes d'extinction de ces créances qui seraient opposables à la femme, doivent l'être aussi au subrogé. Ce dernier n'aura pas plus de droits que n'en aurait eus la femme elle-même.

Toutefois, il en serait autrement si le bénéficiaire de la subrogation avait formellement stipulé que la convention porterait sur les hypothèques destinées à garantir des créances ayant une existence certaine, lors de la convention. C'est ainsi que le subrogé pourrait, s'il l'avait stipulé, avoir un droit certain, à l'abri de toute cause d'extinction du chef de la femme, sur l'hypothèque garantissant les actions en reprise du prix d'un propre aliéné, de meubles propres apportés en dot ; mais en dehors de ces cas, les effets de la cession sont éventuels et subordonnés à la liquidation des droits des époux.

La subrogation peut porter sur la totalité de l'hypothèque légale, ou seulement sur l'hypothèque garantissant une créance déterminée. C'est, dans tous les cas, la volonté des parties qui fixe l'étendue de la subrogation, et, dans le doute, la convention s'interprète restrictivement et en faveur de la partie qui s'oblige, c'est-à-dire de la femme.

Nous avons vu ce qui devra se produire, suivant les cas, dans les rapports de la femme et du subrogé en ce qui concerne le droit de préférence ; mais, si la subrogation est restreinte à une quote-part des reprises de la femme, et que les sommes provenant de la liquidation soient insuffisantes pour désintéresser la femme et le subrogé, que se produira-t-il ? Nous croyons qu'aucun

des deux ne sera primé par l'autre, et qu'ils viendront tous les deux en concours. Nous avons déjà dit à plusieurs reprises, qu'il ne fallait pas assimiler la subrogation à l'hypothèque, à la subrogation après paiement, et nous pensons qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer par analogie l'art. 1252 du Cod. civ. qui, dans le cas de subrogation partielle, préfère le subrogeant au subrogé. Ici, en effet, le droit à l'hypothèque existe également pour tous les deux : pour le subrogé, en vertu de la subrogation ; pour la femme, en vertu de la restriction dont elle a fait la réserve. Dès lors, il n'y a pas de raison pour les faire primer l'un par l'autre ; ils se présentent tous les deux avec une hypothèque, et chacun doit exercer son droit à la fois sur tout l'immeuble hypothéqué et sur chacune des parties de cet immeuble, puisque l'hypothèque est, par sa nature, indivisible, et qu'il faut toujours dire à propos d'elle : *Est tota in toto et tota in qualibet parte.*

Le subrogé se trouve donc, par l'effet de la subrogation, placé dans une situation identique à celle de la femme, et les droits résultant de la subrogation se réalisent pour lui comme ils se réaliseraient pour la femme, au moment de l'ouverture de l'ordre entre les créanciers du mari ; le subrogé obtient alors, comme la femme, le droit à la collocation.

§ II. — Des formalités exigées pour la subrogation.

Si le législateur, poussé par l'intérêt des époux et par les exigences du crédit, a permis à la femme de se dé-

pouiller des moyens de protection créés en sa faveur, il a dû agir avec prudence et soumettre cet abandon à des règles offrant par elles-mêmes des garanties sérieuses. Il a exigé l'authenticité de l'acte de subrogation. La présence de l'officier public avertira la femme de la gravité de l'acte qu'elle accomplit ; cet officier devra, au besoin, se faire un devoir de signaler à la femme la portée de son acte.

Déjà, avant la loi du 23 mars 1855, la jurisprudence avait cherché à soumettre les conventions de la femme relatives à l'hypothèque légale, aux formalités exigées par les art. 2144 et 2145 du Cod. civ. Mais cette jurisprudence violait ouvertement les art. 217 et 218 du même Code, d'après lesquels certains contrats de la femme, parmi lesquels on pouvait placer ceux relatifs à l'hypothèque, ne sont soumis à d'autres conditions qu'à l'autorisation maritale. On comprend avec quelle facilité le mari devait donner une autorisation qui, la plupart du temps était dans son propre intérêt ; aussi une réforme était-elle nécessaire. Il fut question, dans le projet de réforme hypothécaire de 1841, de soumettre à l'autorisation de la justice tous les actes de la femme relatifs à son hypothèque ; mais cette surveillance des tribunaux sembla trop gênante, et le projet de 1849 déclara suffisante la garantie résultant de l'intervention dans l'acte d'un officier public.

Telle a été la disposition reproduite par l'art. 9 de la loi de 1855. Cet article n'exige pas expressément que l'acte soit notarié, il veut seulement qu'il soit authentique ; par conséquent, la présence d'un notaire n'est pas

indispensable , et l'authenticité pourra résulter de ce que l'acte aura été passé devant un officier public compétent. Ainsi , une déclaration dont il aura été donné acte dans un jugement , nous paraîtra suffisante pour l'existence de l'authenticité requise.

Le mandat par lequel la femme donnerait pouvoir de renoncer ou de subroger pour elle à son hypothèque , devrait être authentique comme l'acte lui-même.

La condition d'authenticité est requise principalement dans le but de protéger la femme , et nous croyons , avec la majorité des auteurs que si elle faisait défaut , la nullité de l'acte pourrait être invoquée , non-seulement sur la demande des tiers , mais encore à la requête de la femme. Le texte de l'art. 9 ne laisse point de doute à cet égard. « *Les subrogations, y est-il dit, doivent être faites par acte authentique.* » Or , on admet universellement que l'omission d'une formalité prescrite par la loi pour la validité d'un acte , a pour effet de rendre cet acte nul , bien que le texte législatif ne s'exprime pas en termes formels. Il faut donc nécessairement admettre que , bien que l'art. 9 soit muet sur la sanction du défaut d'authenticité , l'acte entaché d'un pareil vice pourra être déclaré nul sur la demande de toutes parties : l'authenticité étant requise *ad solemnitatem* et non pas seulement *ad probationem*.

Formalité de l'inscription. — Cette formalité est particulièrement requise dans l'intérêt des tiers et pour éviter qu'ils ne soient trompés sur l'état réel de la fortune de la femme.

L'art. 9 exige l'inscription de l'hypothèque ou la men-

tion marginale de la subrogation, suivant que l'hypothèque de la femme est restée occulte ou bien a été inscrite. De la rédaction de l'article, il semblerait résulter que le subrogé n'a jamais le droit de choisir entre l'inscription et la mention marginale, et que, lorsque l'hypothèque légale est déjà inscrite, il ne peut pas procéder à une inscription nouvelle, prise de son chef, et doit se contenter de la mention en marge de l'inscription préexistante. Mais ce point est un objet de discussion parmi les interprètes. Nous croyons devoir suivre l'opinion de ceux qui permettent au tiers de recourir à l'inscription, lors même qu'il en existe déjà une. Les tiers trouveront dans cette inscription prise de leur chef, plus de garantie que dans une mention marginale, et seront sûrs de conserver un droit qu'ils ne conserveraient peut-être pas s'ils s'en étaient rapportés à l'inscription préexistante. C'est ce qui arriverait dans le cas où cette inscription serait entachée de quelque irrégularité. Lors même que l'inscription prise du chef de la femme serait régulière, pourquoi refuserait-on aux tiers la faculté de prendre une inscription de leur chef, puisque ce procédé n'a de danger pour personne? Ce que la loi a voulu, c'est la publicité, peu importe qu'elle provienne d'une inscription ou d'une mention marginale: on pourra donc, ce nous semble, prendre inscription dans tous les cas. Quant aux règles auxquelles doivent être soumises les inscriptions de subrogations, la loi n'en édictant aucune spéciale, nous leur appliquerons celles qui régissent les inscriptions d'hypothèques.

L'inscription prise par le subrogé n'existe-t-elle qu'à

son profit, ou bien peut-elle servir à la conservation des droits de la subrogeante et d'autres subrogés ?

La jurisprudence de la Cour de cassation (*V. deux arrêts* : Dalloz, 66-1-289) paraît fixée à cet égard ; elle fait une distinction que nous approuvons pleinement. Si la subrogation est conçue en termes généraux, sans déterminer la valeur jusqu'à concurrence de laquelle elle est faite, c'est l'hypothèque légale toute entière qui sera conservée, et elle le sera au profit de tous ceux qui pourront avoir intérêt à s'en prévaloir : femme ou tiers-subrogés. Mais, si la subrogation était limitée au droit du subrogé, c'est à lui seul que l'inscription devra profiter. Dans le premier cas, le subrogé a fait l'office de cet ami, dont parle l'article 2139, qui peut requérir l'inscription de l'hypothèque légale ; on peut le considérer comme tel, à cause de l'étendue des termes de l'inscription. Lorsque, au contraire, il a limité la subrogation à ses droits, on ne peut pas supposer qu'il a rempli cet office d'ami, et son inscription, faite pour lui, ne peut pas profiter à d'autres qu'à lui-même.

Le défaut de publicité de l'inscription ne peut être opposé, d'après l'article 9 de la loi de 1855, que par les tiers. Ce mot « tiers » a eu pour but d'exclure la femme à l'égard de laquelle la subrogation existe, nonobstant le défaut d'inscription. Mais l'on peut se demander encore quels sont les tiers dont a voulu parler l'article 9, et qui pourront se prévaloir du défaut d'inscription. Nous pensons qu'il faut entendre par là, ceux dont l'article 9 paraît s'être principalement occupé, c'est-à-dire les tiers-subrogés. La subrogation occulte peut donc être opposée, sui-

vant nous, quand elle a une date certaine, à tous ceux qui ne peuvent invoquer un droit spécial sur l'hypothèque légale. Quant à eux, c'est la publicité de la subrogation qui les intéresse. Cette publicité est soumise, en leur faveur, à des règles spéciales dont ils peuvent réclamer l'application, et des violations desquelles ils peuvent se prévaloir. Mais ici, il n'est pas question de la publicité de l'hypothèque, il n'est question que de la publicité de la subrogation. Il est bien évident, d'ailleurs, que la femme ni ses ayants-cause ne sauraient se prévaloir du défaut d'inscription. La publicité de la subrogation ne saurait être requise en vue de ceux-là qui ont pratiqué la subrogation, et qui n'en peuvent prétexter ignorance.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES QUI PEUVENT SUBROGER A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

La subrogation à l'hypothèque légale émane le plus souvent de la femme; mais après sa mort, elle peut être consentie par ses héritiers majeurs, et jouissant d'une entière capacité.

Le Code n'édicte pour la femme subrogeante aucune condition spéciale de capacité; le législateur de 1855, loin d'apporter des règles nouvelles, semble, au contraire, avoir voulu rester étranger à la question, et s'en

rapportant à la pratique antérieure, il s'est exprimé ainsi :
« Dans le cas où les femmes pourront céder leur hypothèque légale ou y renoncer..... »

En l'absence de textes précis, force est donc de s'en tenir aux règles générales de la capacité requise chez la femme pour les actes ordinaires de la vie civile, et de décider que, pour la convention relative à l'hypothèque légale, comme pour les conventions ordinaires, la femme devra être relevée de son incapacité par l'autorisation du mari, et, à défaut, par l'autorisation de la justice. A ces conditions, la femme mariée pourra subroger à son hypothèque légale, toutes les fois que le régime matrimonial adopté par elle, ou bien les clauses insérées dans son contrat de mariage ne le lui défendront pas. La capacité sera la règle, l'incapacité l'exception.

Des différents régimes matrimoniaux adoptés par les époux, le régime dotal est le seul qui ne permette pas à la femme d'abdiquer les garanties attachées à ses reprises.

Ceux pour lesquels l'hypothèque est un droit immobilier s'expliquent facilement l'indisponibilité qui la frappe sous le régime dotal ; et, que la dot consiste en meubles ou en immeubles, ils déclarent l'hypothèque inaliénable comme les immeubles dotaux.

Cette opinion, pour être conséquente, doit admettre en revanche la faculté pour la femme de subroger à son hypothèque toutes les fois que l'aliénation des immeubles lui sera permise. Or, nous verrons plus loin que la possibilité d'aliéner les biens dotaux ne comporte pas toujours la possibilité, pour la femme, d'abdiquer l'hypothèque légale.

L'indisponibilité de l'hypothèque légale est, d'après nous, une conséquence du régime dotal, et les époux ne pourront s'y soustraire que par des conventions formelles, parce que, d'après nous, sous ce régime, en principe tous les biens dotaux sont inaliénables.

S'agit-il d'une dot immobilière, l'inaliénabilité de l'hypothèque pourra survivre, dans certains cas, à l'inaliénabilité des immeubles. S'agit-il d'une dot mobilière, cette inaliénabilité sera pour la femme la garantie principale de la restitution; aussi, peut-on dire que la jurisprudence a déclaré la dot mobilière inaliénable, principalement en vue de placer la femme dans l'impossibilité de renoncer à ses garanties. En effet, tous les arrêts qui ont posé le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, avaient pour but précisément d'empêcher la femme dotale de disposer de son hypothèque.

La subrogation défendue à la femme dotale pendant la vie commune, ne lui est pas possible, même après la séparation, alors qu'elle a pris en main l'administration de sa fortune, et qu'elle n'a plus, pour la protéger, la responsabilité de son mari. Permettre alors à la femme de renoncer à ses garanties hypothécaires, serait l'exposer à un danger incompatible avec la protection qu'elle a cru trouver dans l'adoption du régime dotal. La règle est donc, sous ce régime, que l'hypothèque légale ne peut être l'objet d'un abandon valable; mais des exceptions sont admises, soit par la loi elle-même, soit par les clauses insérées dans le contrat de mariage. Nous allons parcourir les principales hypothèses dans lesquelles ces exceptions peuvent se présenter.

Les art. 1555 et 1556, C. civ., qui permettent à la femme dotale de donner ses biens pour l'établissement de ses enfants, doivent aussi lui permettre d'abdiquer les garanties qui lui assuraient la restitution de ces mêmes biens.

Nous croyons également voir des exceptions à l'indisponibilité de l'hypothèque, dans les cas prévus par l'article 1558. Il s'agit, dans ces articles, de situations tellement pressantes ou tellement dignes de faveur, que toute latitude doit être donnée à la femme, et que l'esprit de la loi ne saurait être restrictif.

Mais c'est la solution inverse que nous admettons, lorsque ce seront les parties qui auront, dans le contrat de mariage, simplement autorisé l'aliénation des biens dotaux. Le principe qui doit dominer l'interprétation d'un contrat contenant l'adoption du régime dotal, est le suivant : il faut conserver à la femme toutes les garanties dont elle ne s'est pas formellement dépouillée. Ici, le mot aliéner doit être interprété restrictivement, avec son sens précis. Si la femme se trouve dans une des conjonctures difficiles ou dignes de faveur que la loi a prévues, tout lui sera permis ; mais en dehors de ces hypothèses, les idées de prudence, de sûreté, qui dominent le régime dotal, reprennent le dessus, et l'on ne saurait voir alors, dans la possibilité accordée à la femme d'aliéner, un autre droit que l'aliénation.

Donc, la clause du contrat de mariage, qui permet seulement l'aliénation ou l'affectation par hypothèque des immeubles dotaux, n'emporte pas pour la femme la faculté de renoncer à son hypothèque légale ou d'y subroger.

Nous n'entendons pas, certainement, exiger des termes sacramentels pour que la subrogation soit permise, mais nous exigeons que l'intention des parties se manifeste clairement à ce sujet. Ainsi, nous ne saurions trop approuver un arrêt dans lequel la Cour de cassation a décidé que la clause par laquelle la femme s'était réservée la faculté de *vendre, échanger et hypothéquer* ses biens dotaux, mobiliers et immobiliers, ne lui conférait pas le droit de subroger un créancier de son mari dans son hypothèque légale (1). Cet arrêt nous semble avoir exactement tenu compte de la pensée qui a dicté aux contractants la clause insérée dans leur contrat de mariage. Ils ont, en effet, choisi le régime dotal parce qu'ils ont voulu se soumettre au principe de l'inaliénabilité de la dot; mais comme ils ont prévu des circonstances dans lesquelles ce principe pourrait devenir gênant pour leurs intérêts, ils se sont réservé le droit de pouvoir faire certains actes déterminés, et ils les ont énoncés dans leur contrat. Mais cette énonciation, ayant pour but de déroger à une règle générale, ne saurait être étendue, par voie d'analogie, à des actes qu'elle ne mentionne pas, et surtout à la subrogation à l'hypothèque, dont les conséquences pour la femme peuvent être si dangereuses.

La règle de l'indisponibilité de l'hypothèque légale sous le régime dotal, souffre encore une exception, en ce qui concerne les paraphernaux. Relativement à ces biens, la femme dotale a une capacité au moins aussi étendue que la femme commune; non-seulement elle a sur eux un

(1) 16 déc. 1856. D. P. 56, 1, 438.

droit d'administration et de jouissance absolue, mais elle peut même les aliéner, à la condition unique d'obtenir l'autorisation de son mari ou la permission de la justice. De ce pouvoir si large découle évidemment pour elle la possibilité de céder ses garanties hypothécaires ou d'y renoncer.

Si la règle est, sous le régime dotal, que l'on doit interpréter restrictivement les clauses qui permettent à la femme de subroger à son hypothèque légale ou d'y renoncer; sous les autres régimes, c'est la règle inverse qui doit être suivie, parce que l'indisponibilité s'y présente avec un caractère d'exception. Ainsi, dans le régime de la communauté, on ne devrait pas, ce nous semble, décider que la femme ne peut pas subroger à son hypothèque légale, parce qu'elle a inséré dans son contrat de mariage une clause l'autorisant à reprendre ses apports exempts de toutes dettes sociales, et même de celles qu'elle aurait contractées conjointement avec le mari. Mais, d'un autre côté, nous ne suivrons pas l'opinion des rares auteurs qui prétendent que la clause d'inaliénabilité, spéciale au régime dotal, ne peut être stipulée dans aucun autre régime. Nous ne saurions voir dans la stipulation de cette clause aucune infraction aux règles établies par les articles 1387 et suivants du Code civil; mais, bien au contraire, nous la regarderions comme l'expression de la volonté libre et licite des époux, et quand nous la trouverons insérée dans un contrat, nous l'admettrons et, avec elle, toutes ses conséquences. Nous exigerons seulement qu'elle soit conçue en termes précis et de nature à ne laisser aucun doute sur l'inaliénabi-

lité et l'insaisissabilité des biens auxquels elle se référera. Dans ces conditions, elle deviendra opposable, non-seulement aux créanciers personnels de la femme, mais encore aux créanciers du mari et de la communauté. Or, tout cela doit être également vrai dans le cas où l'indisponibilité porterait, non plus sur les biens, mais sur l'hypothèque légale de la femme. Une clause ayant pour but d'établir une pareille indisponibilité ne se présumera pas sous un régime autre que le régime dotal, mais elle pourra, à notre avis, être insérée dans tout contrat de mariage. Nous ajouterons que si la clause est conçue de telle façon que l'indisponibilité paraisse devoir porter, non-seulement sur les biens, mais aussi sur l'hypothèque légale, cette clause devra produire son effet dans toute son étendue.

CHAPITRE III.

QUELLES SONT LES PERSONNES AUXQUELLES PEUT PROFITER LA SUBROGATION ?

C'est le plus souvent au profit des créanciers de son mari que la femme renonce ou subroge à ses garanties hypothécaires ; peu importe que ces créanciers aient eux-mêmes une hypothèque, ou soient simplement des créanciers chirographaires. Ce dernier point n'a cependant pas

été toujours admis par les auteurs, et MM. Aubry et Rau, entre autres, ont primitivement soutenu le contraire, parce qu'ils doutaient de l'efficacité, à l'égard des tiers, des conventions par lesquelles la femme cède a autrui l'exercice de son hypothèque, indépendamment des formalités prescrites pour le nantissement des créances. Ils ont prétendu que, lorsque la renonciation de la part de la femme intervenait en faveur d'un créancier chirographaire, ce créancier se trouvait investi par là d'un simple droit personnel, et devait, par conséquent, dans le cas où il y avait plusieurs renonciations successives, venir concurremment avec les autres bénéficiaires, aucun droit de préférence ne devant exister entre eux. Mais dans leur dernière édition (T. II, § 288, p. 888, texte et note 4), ils ont abandonné leur ancienne doctrine, pour se rallier à celle universellement admise par les auteurs et la jurisprudence. Mais la confusion que l'on opère ainsi entre les créanciers ayant une hypothèque et ceux qui n'en ont pas, ne peut se produire que dans les renonciations, et ne saurait s'appliquer aux autres formes de la subrogation. Ainsi, la cession d'antériorité peut avoir lieu seulement en faveur d'un créancier déjà muni d'une hypothèque, car cette convention ne se comprend que par un échange respectif de droits hypothécaires, entre la femme et le créancier. D'un autre côté, la cession d'hypothèque n'a lieu, on le comprend, qu'en faveur d'un créancier dont le titre est dépourvu d'une pareille garantie.

Nous avons vu que la femme pouvait renoncer à son hypothèque au profit d'un acquéreur du bien sur lequel cette hypothèque portait ; mais tandis qu'elle peut, en

général, employer les diverses formes de la subrogation lorsqu'elle en veut faire profiter les créanciers de son mari, la renonciation sera le plus souvent la seule forme employée par elle vis-à-vis d'un tiers-acquéreur. Nous avons dit que, dans ce cas, la convention avait pour effet de mettre l'acquéreur à l'abri des poursuites de la renonçante, qui ne peut ni le forcer à délaisser, ni former une surenchère. Mais l'opération ne saurait être opposée aux créanciers du mari, car s'il est vrai que les immeubles soient affranchis de l'hypothèque légale par la renonciation de la femme, le prix qui les représente en est cependant affecté : en un mot, la femme a perdu son droit de suite, mais elle a conservé son droit de préférence.

La loi suppose, quand elle autorise l'exercice du droit de préférence après la perte du droit de suite, qu'il existe un prix sur lequel ce droit peut porter (art. 772, Cod. pr.). Mais il ne devrait pas s'en suivre que lorsque le bénéficiaire de la renonciation est un donataire ou un échangeur, l'hypothèque légale abandonnée doive être frappée d'une extinction absolue et radicale. Il semble, en effet, que le mot *prix* ne doive s'appliquer qu'à l'hypothèse où il y a vente de l'immeuble; mais le décider ainsi, serait donner aux expressions de la loi une portée restrictive qu'elles n'ont pas, et l'on doit dire que, toutes les fois qu'il y a une distribution quelconque de deniers, et par suite un ordre ouvert, la femme peut se présenter pour faire valoir son droit de préférence. On doit accepter ici le mot *prix* dans le même sens que dans les art. 2184

et suiv., dans lesquels il désigne à la fois les offres faites par l'acquéreur et par le donataire (1).

La femme qui peut ainsi se dépouiller de son hypothèque légale au profit des créanciers de son mari ou d'un tiers acquéreur, peut aussi s'en dépouiller, dans son propre intérêt, en faveur de ses créanciers personnels. Inutile de dire qu'il ne saurait être question dans ce cas de cession de droit d'antériorité, puisque cette opération peut se concevoir seulement en tant qu'elle intervient entre créanciers d'un même débiteur.

Enfin, la femme est libre de céder sa créance et les sûretés qui en garantissent le paiement à un tiers vis-à-vis duquel, ni elle, ni son mari n'auraient contracté aucune obligation (2).

Après avoir vu ainsi quels peuvent être les divers bénéficiaires de la subrogation à l'hypothèque légale, nous devons nous demander si la femme serait définitivement liée par la renonciation qu'elle ferait au profit d'une personne qu'elle désignerait et qui n'interviendrait pas dans l'acte. En d'autres termes, si le tiers qui n'a pas accepté authentiquement la subrogation, est définitivement subrogé.

Mais avant de discuter le point de savoir si l'acceptation doit être authentique, il nous paraît utile d'affirmer que l'acceptation est toujours nécessaire, ce point ayant été contesté, notamment en matière de renonciation. La jurisprudence, en effet, a plusieurs fois décidé que

(1) Sic Verdier, *Tr. hyp.*, t. II, n° 660, ter.

(2) Troplong, *Tr. hyp.*, n° 335, p. 372. — Verdier, *Tr. hyp.*, t. II, sur l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, n° 653, p. 560.

l'acte de subrogation était un acte unilatéral, n'impliquant de la part du tiers aucune obligation, et par conséquent, n'ayant pas besoin, pour sa validité, de l'intervention de ce tiers.

Si on admet une renonciation purement extinctive produisant son effet *ergà omnes*, on reconnaîtra avec la Cour de cassation (19 novembre 1855), confirmant un arrêt de Rouen, « qu'il suffirait que le propriétaire d'un droit manifestât son intention de n'en pas faire usage, pour que le droit secondaire prit la place du droit éteint qui le primait ».

Mais si la renonciation extinctive est faite *in favorem*, ce qui se présume, avons-nous dit, elle ne sera parfaite que par la manifestation de la volonté du bénéficiaire. Dans ce cas, cette renonciation supposera une convention entre la femme et le subrogé; or, une convention ne se comprend qu'avec le concours de deux volontés, *duorum in idem placitum consensus*. Il est vrai que, lorsqu'il s'agit d'une renonciation à un usufruit, à une succession, à un legs, le bénéficiaire n'a pas besoin d'accepter; mais c'est parce qu'il recueille le droit abandonné, en vertu d'un droit préexistant. Lorsqu'il s'agit au contraire d'une renonciation *in favorem* à l'hypothèque, le bénéficiaire n'a sur cette hypothèque aucun droit antérieur, et doit par conséquent, pour parfaire le contrat, exprimer sa volonté d'accepter.

Si l'intervention du tiers est nécessaire dans le cas où il s'agit en sa faveur d'une renonciation extinctive, à plus forte raison sera-t-elle nécessaire lorsque la renonciation aura pour effet de l'investir du droit de la femme.

Car, s'il est vrai qu'on puisse éteindre à soi seul un droit réel *ergà omnes*, il est certain qu'entre-vifs, on ne peut transporter ce droit réel à un autre sans son consentement.

L'acceptation étant reconnue nécessaire, sous qu'elle forme devra-t-elle se produire ?

Incontestablement, si le subrogé est un donataire, il devra accepter authentiquement, et c'est ce qui arrivera en général quand le subrogé ne sera à aucun titre créancier de l'un ou de l'autre des époux. Mais dans les autres hypothèses qui sont les plus ordinaires, l'acceptation sous seing-privé semblerait devoir suffire, au premier abord.

Cela résulterait du texte de l'art. 9 de la loi de 1855, ainsi conçu : « ... Cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, etc. » L'article ne parlant pas de l'acceptation, on doit en conclure qu'il n'entend pas la soumettre à l'authenticité.

Ensuite, peut-on dire avec Mourlon, l'authenticité est prescrite pour protéger la femme contre sa faiblesse ; mais le créancier qui, au lieu de se dépouiller d'un droit, acquiert une sûreté, n'a pas besoin de protection. Aussi, ne voit-on pas, dans ce système, qu'il y ait inconvénient à décider que l'acceptation peut même n'être que tacite et résulter de l'inscription que doit prendre le subrogé. On raisonne par analogie de l'art. 778 du Cod. civ., et l'on dit du subrogé ce que l'article dit de l'héritier qui accepte une succession : « ... Elle (l'acceptation) est tacite quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier, »

Nous hésiterions cependant à admettre un système dans lequel nous croyons voir une inconséquence manifeste. Sans doute, l'art. 9 n'exige pas plus l'authenticité de l'acceptation qu'il n'exige l'acceptation elle-même ; mais dès l'instant où l'on reconnaît l'acceptation nécessaire à la validité de la subrogation, l'on doit fatalement décider, ce nous semble, qu'un acte dans lequel cette acceptation n'existe pas, ne peut être qualifié de subrogation et que cet acte n'est qu'un offre de subrogation. Or, la loi de 1855 exige l'authenticité de la subrogation ; cette authenticité doit porter sur tous les éléments de la subrogation et par conséquent, non-seulement sur l'offre, mais encore sur l'acceptation, qui doivent être réunies pour qu'il y ait véritablement subrogation.

La subrogation profitera-t-elle aux héritiers de celui qui n'a pas encore donné son consentement ? Le droit résultant de la subrogation n'étant acquis au subrogé que par l'acceptation par lui faite, il en résulte que la femme est maîtresse de retirer son engagement, qui ne constitue encore qu'une simple pollicitation, et si le subrogé meurt avant d'avoir accepté, il ne saurait transmettre à ses héritiers un droit qu'il n'avait pas encore lui-même ; mais ceux-ci sont mis à son lieu et place, et, comme lui, ils peuvent accepter et rendre ainsi la subrogation définitive.

En l'absence du subrogé, le notaire ne pourrait pas se porter acceptant pour lui ; on sait, en effet, que les notaires ne peuvent, sans infirmer le caractère authentique de l'acte qu'ils reçoivent, se porter acceptants, pour un créancier absent, des obligations ou garanties concé-

dées à un créancier. De plus, ajoute Mourlon (Tr. 1008), si l'officier public, dans l'acte de subrogation, se constituait le gérant d'affaires du créancier, il ne pourrait plus remplir le rôle que lui assigne la loi : protéger la femme en l'éclairant sur les dangers de l'acte qu'elle va consentir.

Si la subrogation est intervenue en faveur de plusieurs créanciers, elle profitera seulement à celui d'entre eux qui aura fait inscrire l'hypothèque conformément à la loi de 1855. En matière de subrogation, en effet, comme en matière hypothécaire, chaque créancier agit séparément lorsque sa créance est distincte de celle des autres créanciers, et l'inscription prise par lui ne peut servir aux autres : cela ressort évidemment des termes de l'art. 9.

L'inscription ne saurait être non plus invoquée par la femme, quoique un arrêt de la Cour d'Amiens, du 31 mars 1857 (*Sir.*, 57-2-627) ait décidé le contraire, en prétendant qu'il fallait voir dans l'inscription du subrogé un mandat tacite donné par la femme. L'idée de ce mandat est ici inadmissible, car la femme qui vient de renoncer à ses droits en faveur du subrogé, ne peut plus être réputée lui avoir donné, en même temps, mission d'inscrire des droits qui ne lui appartiennent plus.

Les créanciers hypothécaires du mari peuvent se prévaloir du bénéfice de la subrogation, par le fait seul que la femme aura contracté envers eux un engagement solidaire avec le mari. Il y a, en leur faveur, une présomption de renonciation qui n'aurait pas lieu en faveur des créanciers chirographaires. Pour ceux-ci, l'engagement solidaire de la femme avec le mari n'aura pas d'autre effet que d'engager la femme personnellement. Il est naturel,

en effet, de croire que lorsque le créancier n'a stipulé aucune hypothèque, et s'est contenté de l'engagement personnel des époux, le contrat ne contient aucune présomption de renonciation.

Lorsque la subrogation est faite au profit des créanciers de la femme, elle ne saurait leur donner, contre le mari, plus de droits que n'en avait la femme elle-même. De sorte que celle-ci, ne pouvant agir, en général, contre son mari qu'à l'époque de la dissolution de la communauté ou de la séparation de biens, ses créanciers, en vertu de l'article 1446, ne pourraient pas obtenir, avant cette époque, une collocation définitive, ni même demander la séparation de biens, sans le consentement de la femme. Ils pourraient, comme elle, obtenir une collocation provisoire dans l'ordre ouvert sur les biens du mari, à la demande d'un créancier de ce dernier ; mais la collocation définitive et sans le consentement de la femme ne serait obtenue, pendant la vie commune des époux, qu'exceptionnellement et dans les cas prévus par l'art. 1446, 2^e alinéa : faillite ou déconfiture du mari.

Si la subrogation est consentie, au contraire, en faveur des créanciers du mari, les droits qui en résultent peuvent être exercés par eux, avant la séparation de biens, même hors le cas de faillite ou de déconfiture ; car ils poursuivent le mari, non plus en vertu d'un droit qu'ils tiennent de la femme, mais en vertu d'un droit qui leur est propre et qu'il leur est loisible d'exercer, dès qu'il est devenu exigible.

La subrogation qui intervient ainsi au profit des diverses personnes que nous venons d'énumérer, change-t-elle

le caractère d'imprescriptibilité attaché à l'hypothèque légale, dans les hypothèses prévues par l'article 2256 du Code civil, et le tiers détenteur qui n'aurait pu se soustraire aux effets de l'hypothèque légale si elle était restée entre les mains de la femme, pourra-t-il s'y soustraire, lorsque, par la subrogation, l'hypothèque se trouvera placée entre les mains d'un tiers ? On a prétendu (arrêt de la Cour de Cass., 26 juillet 1834, 2^e ch., *Jurisprudence de Caen*, t. II, p. 398), que l'art. 2256 a été introduit en faveur de la femme, à cause de l'inaction à laquelle l'oblige la nécessité d'user de ménagements envers son mari, et que cet article ne saurait être invoqué par des tiers dont aucune influence n'est présumée entraver la liberté. Nous ne croyons pas pourtant devoir suivre cette solution, car elle nous semble condamnée par le rapprochement de l'article 2257, dans lequel il est dit que « la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive. » Le droit résultant de la subrogation constitue pour le subrogé une créance, et cette créance est subordonnée à la condition que le subrogé aura ou non besoin d'invoquer le droit de la femme, pour se faire payer ; elle doit donc, ce nous semble, même entre les mains du subrogé, rester imprescriptible.

D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Bertauld (*de la Subrog.*, n^o 185), la prescription contre le subrogé ne serait pas utile au tiers-détenteur, car, le subrogé écarté, la subrogeante resterait encore, et la prescription étant étrangère à leurs rapports respectifs, la femme serait forcée d'abandonner au subrogé la somme provenant de l'allocation.

La subrogation peut donc intervenir directement au profit de toute personne déterminée. Le mari est seul personnellement excepté de cette faveur, et encore, peut-on ajouter, est-ce une exception aux rigueurs de laquelle il lui est bien facile de se soustraire. Quand la femme veut renoncer, à son égard, aux garanties que la loi lui concède, elle doit se soumettre, non plus aux règles que nous avons étudiées jusqu'ici, mais aux dispositions comprises dans les articles 2144 et 2145 du Code civil. Elle pourra, alors, en suivant les formalités prescrites par ces articles, faire restreindre l'hypothèque dont la généralité lui est quelquefois inutile et pèse toujours si lourdement sur le crédit du mari. Le législateur de 1804 avait redouté pour la femme l'influence du mari et avait craint que celui-ci n'obtînt trop facilement un désaisissement de droits qui le gênent. C'est dans ce but qu'il avait interdit à la femme de faire vis-à-vis du mari ce que la jurisprudence lui a largement permis de faire vis-à-vis d'un étranger.

Ajoutons d'ailleurs, qu'en faveur du mari, il ne peut jamais être question de la part de la femme ni d'une cession proprement dite, ni d'une renonciation complète, mais seulement d'une simple restriction, dont l'effet n'est relatif qu'à l'excédant de la valeur des immeubles hypothéqués, sur les créances à garantir. Dès lors la femme conserve toujours et malgré elle, à l'égard de son mari, assez de garanties pour que la réalisation de ses droits lui soit intégralement assurée.

Nous venons de voir, dans le cours de cette dissertation,

combien les développements donnés par la pratique à la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, sont venus porter atteinte aux principes qui avaient inspiré le législateur, lorsqu'il édictait les mesures de prudence établies par les art. 2144 et 2145. Avec les tendances de notre pratique, soutenue par les arrêts d'une jurisprudence toujours favorable, il sera bientôt sans doute plus difficile de trouver ce qui est défendu, que de savoir ce qui est permis à la femme, au sujet de son hypothèque légale.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

- I. — L'accession n'est pas un *modus acquirendi*.
- II. — Le *Judicatum* ne contient pas une *justa causa usucapionis*.
- III. — La *Justa causa* putative peut, dans certains cas, servir de base à l'usucapion.
- IV. — L'échéance du terme, pour une dette à terme, ne suffit pas pour mettre le débiteur en demeure.
- V. — La règle *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest* est rationnelle.
- VI. — L'obligation naturelle isolée est soumise à la prescription. Il en est de même de l'obligation naturelle qui est jointe à une obligation civile.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

- I. — Les concessions de terres faites aux Germains et aux Francs par leurs chefs, le furent à titre de propriété.
- II. — La promesse de vente ne doit pas être complètement confondue avec la vente.

III. — La règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* était admise dans le Droit coutumier, seulement pour les actions en nullité et non pour les actions en rescision.

IV. — La saisine avait pour effet de transférer la propriété aussi bien que la possession.

DROIT FRANÇAIS ACTUEL.

I. La prescription de 10 ou 20 ans avec juste titre et bonne foi ne peut faire acquérir les servitudes continues et apparentes. Il faut la possession de 30 ans.

II. — La réduction autorisée par l'art. 761 ne produit d'effet que lorsqu'elle a été acceptée par l'enfant naturel lui-même.

III. — L'hypothèque légale date de la célébration et non du contrat de mariage.

IV. — Lorsque, le même jour, une hypothèque a été inscrite et une transcription faite au sujet du même immeuble, l'ordre d'antériorité doit s'établir au moyen des formalités exigées du conservateur, par l'art. 2200, et non pas par la date des actes.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — La comparution volontaire devant le juge de paix en conciliation, même si l'affaire n'y était pas soumise, interrompt la prescription, pourvu que l'affaire soit susceptible de transaction.

- II. — Les qualités ne peuvent être réglées que par un magistrat qui a concouru à la décision, sous peine de nullité du jugement ou de l'arrêt.

DROIT COMMERCIAL.

- I. — La question de savoir si le commis intéressé a droit à la communication des livres est une question de fait dont la solution appartient toute entière à l'appréciation des juges.

- II. — On ne peut, même par l'émanipation, donner à un mineur la capacité de contracter une société commerciale avec son père.

DROIT CRIMINEL.

- I. — Celui qui, ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante, aura commis un second crime emportant la peine de la déportation simple, devra être condamné à la déportation dans une enceinte fortifiée.

- II. — L'état de démence survenu après la condamnation, interrompt le délai du pourvoi en cassation

DROIT ADMINISTRATIF.

- I. — La propriété des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux propriétaires riverains.

II. — Les chemins ruraux appartiennent au domaine privé de la commune.

III. — Un acte administratif établissant la délimitation entre le domaine public et le domaine privé des citoyens, n'est valable qu'à la condition de s'en tenir à ce qui existait déjà, et ne peut aller jusqu'à faire une expropriation.

IV. — Les Ministres sont juges de droit commun.

Vu par le Président de la Thèse,

A. RODIÈRE.

Vu par le doyen,

DUFOUR.

*Pour le Recteur empêché, l'inspecteur
d'Académie délégué,*

VIDAL LABLACHE.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION. Aperçu historique sur le régime matrimonial des Romains.....	1
DE LA RESTITUTION DE LA DOT.	
PREMIÈRE PARTIE	
Des personnes à qui la restitution est due et de celles qui la doivent.....	7
CHAPITRE I ^{er} . Des personnes à qui la restitution est due..	8
§ I. Divorce ou prédécès du mari.....	8
§ II. Prédécès de la femme.....	16
CHAPITRE II. Des personnes qui doivent la restitution....	20
DEUXIÈME PARTIE	
OBJET ET ÉPOQUE DE LA RESTITUTION.	
CHAPITRE I. Constitution d'un droit de propriété.....	26
SECTION I. Immeubles.....	27
A. <i>L'immeuble n'a pas été aliéné</i>	28
B. <i>L'immeuble a été indûment aliéné</i>	33
C. <i>Restitution de l'immeuble aliéné dans les cas exceptionnels où l'aliénation doit être respectée.</i>	35
SECTION II. Meubles.....	37
A. <i>Cas où il n'y a pas eu d'aliénation</i>	37
B. <i>Aliénation valablement faite</i>	38
SECTION III. Choses fongibles ou constituées avec estimation.....	40
CHAPITRE II. Dot consistant en un usufruit.....	41
CHAPITRE III.	
§ I. Dot promise au mari, c'est-à-dire consistant en une créance non réalisée.....	44
§ II. Dot consistant en l'apport d'un titre de créance.	46
TROISIÈME PARTIE	
GARANTIES DE LA RESTITUTION.	
CHAPITRE I. Théorie des actions.....	47

CHAPITRE II. Garanties réelles de la restitution. — Inaliénabilité des immeubles.....	61
Innovation de Justinien.....	66

DROIT FRANÇAIS

Ancien droit français. — Aperçu sur l'hypothèque légale de la femme mariée.....	75
Pays de droit écrit.....	79
Pays coutumiers.....	80

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

De l'hypothèque légale de la femme mariée, considérée au point de vue des personnes qui peuvent s'en prévaloir..	84
--	----

PREMIÈRE PARTIE

Des femmes mariées qui peuvent invoquer l'hypothèque légale.....	86
I. De la nationalité des époux.....	87
II. Des formalités requises pour le mariage contracté à l'étranger.....	99
III. Du principe de l'inaliénabilité des biens dans ses rapports avec l'hypothèque légale.....	103
IV. De la femme du commerçant.....	111

DEUXIÈME PARTIE

De la subrogation à l'hypothèque légale et spécialement des personnes qui peuvent y prendre part.....	121
§ I. Nature et effets de la subrogation.....	125
A. <i>Cession de créances</i>	129
B. <i>Cession du droit d'antériorité</i>	131
C. <i>Cession d'hypothèque</i>	133
D. <i>Renonciation à l'hypothèque</i>	135
§ II. Des formalités exigées par la subrogation....	144
CHAPITRE II. Des personnes qui peuvent subroger à l'hypothèque légale.....	149
CHAPITRE III. Quelles sont les personnes auxquelles peut profiter la subrogation.....	155
POSITIONS.....	167