44

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DE L'ACTION EN RESTITUTION DE LA DOT

Sous la Législation Romaine.

THÉORIE DE LA SUBROGATION

EN DROIT FRANÇAIS.

44

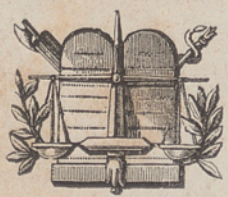
THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Par JEAN-LOUIS AUZOLLE, Avocat.



TOULOUSE,
Imprimerie Gibrac OUVRIERS RÉUNIS,
Rue Saint-Pantaléon, 3.

1854.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

DROIT ROMAIN.

THÉORIE

DE L'ACTION EN RESTITUTION DE LA DOT.

INTRODUCTION.

L'origine et les développements successifs de l'action *rei uxoriæ* ou en restitution de la dot, sous la législation romaine, fournissent un des sujets d'étude les plus curieux, les plus intéressants que puissent offrir l'histoire et la science du Droit. Cette action se lie intimement à la génération lente et graduelle du régime dotal dont elle est la sanction et le complément. Or, s'il est vrai, comme on l'a dit, que les peuples font les lois à leur image; que toute leur existence civile, religieuse et politique vient s'y refléter comme dans un miroir fidèle, n'est-ce pas surtout dans le contrat si important qui règle les intérêts pécuniaires de l'union conjugale, que cette vérité reçoit sa plus haute consécration? N'est-ce pas dans ce contrat et dans l'organisation de la famille que le génie romain se révèle le plus manifestement, avec ce caractère original, plein de rudesse et de vigueur, qui signale toutes ses institutions? Ne voyons-

nous pas l'idée de puissance qui est le fonds de ce génie, dominer, dès l'origine, au foyer domestique, et la personnalité de la femme, des enfants, des esclaves, s'effacer devant l'omnipotence du *pater-familias?* Oui, tels sont les enseignements de la philosophie et de l'histoire.

Sous la sévère institution de la *manus*, l'épouse est la vassale de son mari, qui acquiert sur elle et sur ses biens un droit absolu, un pouvoir despotique. Cette exagération de la puissance maritale amène une violente réaction. Les formes symboliques de la *conventio in manum mariti* sont dédaignées; le mariage *libre* trouve dans les mœurs cet accueil favorable qui devait plus tard lui assurer une victoire définitive : à la *mater-familias* absorbée dans la famille du mari, succède la *matrona*, conservant ses dieux et ses foyers. Le divorce, inconnu pendant une longue période, fait dans la république une effroyable irruption : bientôt les femmes peuvent compter le nombre de leurs unions par le nombre des consulats, et les plaintes amères de Caton sont aussi impuissantes que les lois pour mettre un frein à une licence oublieuse de toute dignité.

Cependant les longues guerres, la dissolution des mœurs, le mépris du mariage, repoussé comme une gêne et un ennui, épuisent l'Italie. Auguste et ses successeurs font d'énergiques efforts pour remettre en honneur les saintes lois de la famille et raviver les sources de la population. Les avantages du mariage sont fortifiés, la conservation de la dot devient d'ordre public, le régime dotal, l'action *rei uxoriæ* s'épanouissent au souffle puissant des grands jurisconsultes qui illustrèrent l'âge d'or de la jurisprudence romaine.

Enfin, l'heureuse influence du christianisme restitue

à la femme sa dignité et son rang dans la famille : ses droits et ses attributs sont augmentés par Justinien. Sous ce prince, glorieux par ses réformes juridiques, l'action *rei uxoriæ* reçoit d'importantes modifications, est environnée de nouvelles et puissantes garanties. La législation du Bas-Empire vivifie, pendant de longs siècles, les lois des peuples de l'Occident, et rayonne encore aujourd'hui dans le Code Napoléon, dont le régime dotal est sans contredit la partie la plus imprégnée de Droit Romain. Cette remarque donne un intérêt plus vif à l'étude que nous allons entreprendre de l'action en restitution de la dot et de ses diverses phases sous la législation romaine.

TITRE Ier

DE L'ACTION EN RESTITUTION DE LA DOT, DEPUIS SON ORIGINE JUSQUES A AUGUSTE.

SECTION Ire

De la Nature et des Effets de la MANUS. **Origine de l'Action** REI UXORIÆ.

I. Aulu-Gelle (1) affirme que pendant cinq siècles les Romains ne connurent ni le divorce ni les actions *rei uxoriæ* qui en furent la suite indispensable. L'auteur des *Nuits Attiques* cite l'opinion du célèbre jurisconsulte Servius Sulpitius qui, dans son livre sur la dot, faisait remonter le premier divorce à Spurius Carvilius Ruga, en l'an 520. L'exactitude de cette assertion a été con-

(1) *Nuits Attiques*, *IV*, *3*.

testée par Montesquieu, Hugo, Zimmern et autres savants modernes, qui donnent une date plus ancienne à l'introduction du divorce. (1) Sans entrer dans l'examen de ce point d'histoire encore peu éclairci, il est certain que pendant longtemps à Rome les mariages furent accompagnés de la *manus*, dont la nature et les effets semblent se concilier difficilement avec l'idée de la restitution de la dot.

Les formes symboliques de la *conventio in manum mariti* avaient pour résultat de produire la puissance maritale. La femme était usucapée par le mari comme une chose mobilière (*velut annua possessione usucapiebatur*); elle lui était acquise encore, soit par la *coemptio* ou vente fictive renfermant toutes les solennités de la mancipation, soit par la *confarreatio* dont les cérémonies religieuses et les paroles sacramentelles rendaient les enfants issus du mariage capables d'être nommés à certaines fonctions sacerdotales (2). Aussi, est-il probable que la confarréation était surtout réservée aux patriciens (3). Par l'effet de la *manus*, la femme passait dans la famille de son mari et y obtenait le rang de fille: *in familiam viri transiebat, filiæque locum obtinebat*, dit Gaïus. Elle était aux yeux de la loi la sœur de ses enfants; tous ses biens étaient universellement et irrévocablement acquis au mari : *quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine* (4). La *manus* était une manière d'acquérir *per universitatem* comme l'adrogation (5). C'est en ce sens que le vieux poète comique a dit:

Hoc viri censeo esse omne, quidquid tuum est (6).

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, *XVI*, *16*. —(1) Gaïus, I, 111 112, 113. — (3) Tacite, *Annales*, *IV*, *16*.—(4) Cicéron, Top. *chap.* 4.— (5) Gaïus, II, 98. — (6) Plaute, *Casina*, *act II. sc.* 2.

II. A la dissolution du mariage, quels étaient les droits de la femme? Des documents précis manquent à cet égard. Toutefois, le jour nouveau que la découverte des Institutes de Gaïus a jeté sur la *manus*, nous permet d'indiquer les principales conséquences que la rigoureuse logique des prudents avait déduites de cette institution.

La femme *in manu* avait le titre et les droits d'un héritier sien : *sua heres, quia loco filiæ est, ... jura filiæ consecuta est* (1). Si le mari prédécédait, elle concourait pour une part virile avec ses propres enfants, et, à défaut d'autres héritiers, elle prenait tous les biens. Que si elle mourait *constante matrimonio*, elle ne laissait point de succession : les biens qu'elle avait apportés restaient confondus dans le patrimoine du mari ; Cicéron le déclare formellement (2).

Le cas de divorce était prévu par une ancienne loi attribuée à Romulus (3). Le mari pouvait répudier la femme pour certains crimes, sans être tenu à aucune restitution. Le divorce était défendu à l'épouse ; mais si elle était renvoyée sans motif, elle prenait la moitié des biens, et l'autre moitié était consacrée à Cérès. Tout porte à croire que cette loi n'avait en vue que les mariages avec *manus*, si fréquents à cette époque de l'histoire romaine ; il ne paraît pas, d'ailleurs, qu'elle ait reçu d'application dans les premiers siècles.

III. On le voit : nous sommes loin du régime dotal et du principe qui, plus tard, fit considérer la dot comme d'ordre public. Tout se résume pour la femme dans un droit de succession, ou dans des peines pécu-

(1) Gaïus, 3 et 14. — (2) *Pro Flacco. ch.* 34. — (3) Plutarque, *Vie de Romulus*, 22.

niaires imposées au mari qui la répudie sans une cause légitime. Est-ce à dire que l'épouse n'aurait pas pu prendre ou faire prendre pour elle des précautions tendant à assurer la restitution de son patrimoine, pour le cas où le mariage serait dissous, comme cela avait lieu lorsqu'on procédait à l'adrogation des impubères ? Nous pensons que les progrès de la jurisprudence durent apporter ce tempérament au pouvoir absolu du mari, lorsque surtout le divorce eut fait invasion dans les mœurs. Aulu-Gelle semble confirmer cette opinion, quand il dit, d'après Servius Sulpitius, dont l'ouvrage sur la dot n'est point parvenu jusqu'à nous : *tunc primùm cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit quum Carvilius Ruga, vir nobilis, divortium cum uxore fecit* (1). L'usage s'introduisit alors que le père ou tout autre donateur stipulassent, en faveur de la femme, la restitution, en cas de divorce, des biens qu'elle apportait au mari. Des exemples célèbres, conservés par Suétone, Plutarque, Pline, Aulu-Gelle, Valère-Maxime, nous montrent cette restitution accompagnant toujours le divorce non imputable à l'épouse. Il est vrai qu'on a voulu restreindre cet usage aux unions libres ; mais il paraît certain qu'il se pratiquait aussi dans les mariages avec *manus*.

Telle fut l'origine des *cautiones rei uxoriæ* qui devaient être stipulées au moment même de la formation du pacte matrimonial. Le prêteur, toujours attentif à maintenir la législation au niveau des besoins sociaux et des progrès de la civilisation, accorda de plein droit l'action *rei uxoriæ* pour suppléer à ces stipulations lorsqu'elles auraient été omises. Cette action était dans le principe,

(1) *Nuits attiq.* IV., 3.

comme les *cautiones*, exclusivement réservée au cas éventuel du divorce. Elle se développa à la faveur du mariage libre, ou *cum mero consensu*, institution parallèle à la *manus*.

SECTION II.

Du Mariage libre. — Développement de l'Action REI UXORIÆ.

IV. Peu usité d'abord, dominant ensuite, le mariage libre fut un retour au droit des gens. Son origine remonte à une époque fort reculée, puisque la loi des XII Tables autorisait la femme à se soustraire à la puissance maritale en s'absentant pendant trois nuits du toit conjugal. Contrairement à la *manus*, il lui permettait de garder sa famille, ses dieux, son patrimoine : elle ne relevait que de son père ou de ses agnats. Toutefois, comme il était équitable qu'elle contribuât pour sa part aux dépenses du ménage, elle apportait une dot qui était acquise au mari, à titre particulier. En dehors de cet apport, ses intérêts étaient distincts de ceux de son époux ; elle conservait la propriété des biens extra-dotaux et les administrait à son gré.

V. Dans l'origine, la dot n'était soumise à aucune restitution. On pouvait dire avec Paul : *Causa dotis perpetua est,... ut semper apud maritum sit* (1). En effet, si les *cautiones* et les *actiones rei uxoriæ* demeurèrent inconnues jusqu'au divorce de *Carvilius Ruga*, comme l'affirme Aulu-Gelle, il faut bien admettre que jusques à cette époque, la dot se confondit irrévocablement dans le patrimoine du mari.

(1) D. 23, 3. L. 1, *de Jur. dot.*

Mais lorsque des mœurs moins austères eurent admis le divorce, il fallut, dans l'intérêt de l'épouse, recourir à d'autres combinaisons, à d'autres mesures. De là les *cautiones* et les *actiones rei uxoriæ*. On fit bientôt un pas de plus. Comme il importait à la femme restée veuve, autant qu'à la femme divorcée, de retrouver sa fortune pour contracter de nouveaux liens, on étendit ces garanties et ces actions au cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari; mais celui-ci continua de garder les biens dotaux, si la femme mourait *constante matrimonio*, sauf la double exception introduite en faveur de la *dos profectitia* et de la *dos receptitia* dont il sera parlé plus loin.

VI. Par ces progrès de l'action en restitution de la dot, le régime dotal se trouva définitivement constitué et revêtu des caractères essentiels qui le distinguent encore parmi nous. Toutefois, rien n'assurait efficacement la conservation de la dot pendant le mariage. Auguste fit de cette conservation un principe d'ordre public : *Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (1). L'inaliénabilité de l'immeuble dotal, le sénatus-consulte Velleïen, la prohibition des donations entre époux, la défense de restituer la dot pendant le mariage, — tels furent les moyens successivement imaginés pour garantir et sauvegarder les droits de la femme. A raison de leur influence sur l'action *rei uxoriæ*, il importe de les signaler ici avec quelques détails.

VII. — *Inaliénabilité du fonds dotal.* — Par la célèbre loi *Julia de adulteriis et de fundo dotali*, Auguste défendit

(1) *Ibid* L. 2.

au mari d'aliéner, sans le consentement de son épouse, les immeubles dotaux situés en Italie et de les hypothéquer même avec ce consentement. L'hypothèque était plus sévèrement prohibée que l'aliénation directe, dans la crainte que la femme ne l'autorisât avec trop de facilité. La vente, d'ailleurs, procure un prix souvent considérable, tandis que l'affectation hypothécaire ne fournit aucun avantage en retour du péril auquel elle expose l'immeuble dotal (1).

VIII. *Sénatus-consulte Velleïen.* — Un motif semblable fit admettre, sous Claude, le sénatus-consulte Velleïen, qui défendit à la femme d'*intercéder*, c'est-à-dire de s'obliger pour autrui (*pro aliis rea fieri*). L'usage alors peu fréquent de la *manus* et l'abolition de la tutelle perpétuelle, avaient rendu cette mesure nécessaire. L'intercession comprenait l'*expromissio*, la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio*, le *mandatum pecuniæ credendæ*, le constitut, la solidarité entre débiteurs. La femme qui s'était imprudemment obligée pour autrui pouvait repousser l'action du créancier par l'exception tirée du sénatus-consulte Velleïen, et la *condictio indebiti* lui était accordée pour répéter ce qu'elle avait payé par suite d'une semblable obligation. On conçoit de quelle importance dut être ce sénatus-consulte pour la conservation des créances dotales ; la femme ne put ni cautionner les obligations du mari, ni céder les priviléges ou les hypothèques de sa dot (2).

IX. *Prohibition des donations entre époux.* — Empêcher qu'un époux cupide n'abusât de la faiblesse de son

(1) D. 23, 5, et C. 5, 23, *de fundo dotali.*—(2) D. 16, 1. *ad sc. Velleian;* Paul, *sent.* 2, 11; Cod. 4, 29.

conjoint pour le dépouiller de ses biens et s'enrichir à ses dépens, tel fut l'objet de cette prohibition que certains auteurs font remonter à une époque antérieure à la loi des XII Tables. Cette opinion nous paraît erronée. La découverte des *fragmenta Vaticana* a jeté sur ce point de vives lumières qu'on a trop négligées. La loi *Cincia* mentionne les époux parmi les personnes exceptées des restrictions qu'elle apporte : *excipiuntur vir et uxor* (1) ; elle les autorise à se faire mutuellement des libéralités : *sive quis in matrimonio erit,... eis omnibus inter se donare liceto* (2). Ces textes prouvent que vers l'an 550 , date probable de la loi *Cincia* , la prohibition n'était pas encore connue. Comment comprendre , d'ailleurs , l'existence de pareilles donations lorsque la femme tombait *in manu viri ? Moribus apud nos receptum est*, dit Ulpien , *ne inter virum et uxorem donationes valerent*. Cette prohibition , qui paraît s'être établie vers la fin de la république , rendait les libéralités entre conjoints nulles de droit : *ipso jure nihil valere quod actum est* ; mais on pouvait les ratifier par testament. Depuis le sénatus-consulte porté sur cette matière sous les empereurs Sévère et Antonin Caracalla , cette ratification se présumait toujours, lorsque le donateur mourait sans avoir opéré la révocation. On ne prohibait, du reste , que les libéralités par lesquelles le donataire s'enrichissait par l'appauvrissement du donateur. L'époux qui avait donné à l'autre les fruits d'un fonds ou les intérêts d'un capital ne pouvait les répéter. On ne voyait point là un appauvrissement. Les revenus sont destinés , disait-on, à être dépensés ; si la donation ne se fût point réalisée, le

(1) *Vat. fragm.* 302. — (2) *Ib.* 298.

donateur aurait sans doute vécu avec plus d'opulence, *lautius vixisset*, et il ne serait pas devenu plus riche. Les exceptions admises à la prohibition de donner seront mentionnées plus loin, au paragraphe des *rétentions propter res donatas* (1).

X. *Défense de restituer la dot pendant le mariage.* — Des lois rendues sous Auguste, vraisemblablement les lois *Julia* et *Papia Poppœa* (2), prohibèrent la restitution de la dot pendant le mariage, afin d'empêcher que la femme ne dissipât, en folles dépenses, des biens dont la conservation était d'ordre public. A raison de la faveur dont jouissaient les secondes unions, on ne voulait pas qu'une restitution anticipée exposât l'épouse à se trouver sans ressources lors de la mort du mari ou lors du divorce, toujours possible et si fréquent dans les mœurs romaines. La prohibition établie par les lois *Julia* et *Papia Poppœa* était double : la femme ne pouvait *exiger* la restitution anticipée de la dot, et le mari n'était pas autorisé à la rendre *volontairement*. Sauf les cas d'exception qui seront signalés au titre suivant, il n'était point libéré par une restitution qu'on pouvait considérer, d'ailleurs, comme une donation interdite de l'époux à l'épouse.

(1) D. 24. 1. *De donat. int. vir. et ux.* et Cod. 5, 16.— (2) D. 11, 7. L. 27, § 1, *De religiosis.*

TITRE II.

DE L'ACTION EN RESTITUTION DE LA DOT, DEPUIS AUGUSTE JUSQU'A JUSTINIEN.

SECTION Ire.

Quand s'ouvre l'action en restitution de la dot?

La dot est remise au mari pour l'aider à soutenir les charges de l'union conjugale : c'est là sa nature et son but. Elle doit retourner à la femme lorsque les besoins du ménage commun viennent à cesser : *Soluto matrimonio, solvi mulieri dos debet* (1). L'action en restitution de la dot s'ouvre, en règle générale, et sauf les exceptions indiquées au paragraphe 2 ci-après, à l'époque de la dissolution du mariage.

§ 1. — Causes de la dissolution du mariage.

Le mariage était dissous : 1° par la mort de l'un des époux ; 2° par la perte de la liberté ; 3° par la captivité ; 4° par le divorce (2). Ce dernier mode de dissolution demande seul quelques développements.

Dans le principe, il suffisait pour divorcer, qu'un des époux envoyât à l'autre, même sans motif, l'acte de répudiation. Toutefois, s'il s'agissait d'un mariage avec *manus*, il fallait d'abord dissoudre la puissance maritale par un des moyens contraires à ceux qui l'avaient produite : la *diffareatio*, la rémancipation ou l'*usureceptio*. Les causes du divorce devaient être appréciées et ap-

(1) D. 24, 3. L. 2. *Salut mat.* — (2) D. 24, 2. L. 1. *De Divort.*

prouvées par les censeurs ou le prêteur ; certaines peines étaient la conséquence d'une injuste répudiation. — Auguste, le premier, soumit le divorce à des formalités. Il voulut que le *repudium* fût annoncé par un époux à l'autre, par l'intermédiaire d'un affranchi ou d'un ascendant, en présence de sept témoins pubères et citoyens romains : *tuas res tibi habeto*, telle était la formule consacrée. Le crime d'un époux contre l'autre, la stérilité, une folie permanente, étaient considérés comme des causes raisonnables de répudiation. Ces causes furent déterminées, pour la première fois, d'une manière précise et limitative, par Théodose et Valentinien. Le divorce fait sans motif exposait l'époux qui l'avait provoqué à des peines fixées par la constitution des mêmes empereurs, et consistant surtout dans la perte de certains droits pécuniaires (1).

§ 2. — Cas dans lesquels la restitution de la dot est admise pendant le mariage.

I. — La règle que la femme ne peut point *répéter* sa dot durant le mariage, souffre exception dans le cas d'insolvabilité du mari, *propter inopiam mariti*. Pour soustraire les biens dotaux au péril qui les menace, on suppose fictivement qu'un divorce est intervenu entre les époux, et on accorde à la femme l'action *rei uxoriæ* utile, qui lui fait obtenir ce qu'elle pourrait demander après une répudiation véritable, *quasi facto divortio* (2). Le mari insolvable, qui est ainsi poursuivi, ne peut refuser de rendre la dot.

(1) C. 5. 17. L. 8. — (2) C. 5. 12. L. 30.

II. — La restitution *volontaire* est, en général, interdite, ainsi que nous l'avons dit. Cette défense est tempérée par quelques exceptions qui ne permettent pas de redouter que la dot soit dissipée en folles dépenses : *quia justa et honesta causa est, non videtur mulier male accipere.* Elles sont énumérées par Paul, au Digeste, dans la loi 73 *de jure dotium*, et la loi 20 *soluto matrimonio.* La nécessité ou l'utilité de la restitution est laissée à l'appréciation du mari. Les divers cas signalés par le jurisconsulte sont les suivants :

1° *Ut mulier æs alienum solvat.* — La restitution anticipée de la dot est valable quand elle a pour but le paiement des dettes de la femme. Celle-ci ne doit reprendre du bien dotal que ce qu'il faut pour désintéresser ses créanciers. Quelques auteurs veulent, en outre, qu'elle n'ait point d'autres ressources au moyen desquelles elle puisse payer ses dettes; mais cette restriction ne se trouve pas dans les textes qui nous occupent. La loi 28, D. *de pactis dotalibus*, qu'on oppose, est étrangère à la question. Elle n'indique point que l'épouse ait d'autres biens dont elle puisse disposer ; elle parle d'une simple promesse de payer une dette de la femme avec les fruits du fonds dotal : fait avant le mariage, ce pacte est valable comme toute charge imposée à la dot ; fait après, il constitue une donation, *mera donatio*, et ne saurait par conséquent obliger le mari. Au surplus, la loi 85, *de jure dotium*, ne laisse aucun doute sur l'exactitude de notre interprétation. Scævola déclare nettement, dans ce texte, que la femme héritière universelle de son père peut, à l'effet de désintéresser les créanciers de la succession, vendre le fonds dotal qui est d'un faible produit, de préférence aux fonds héréditaires qui sont d'un meilleur revenu.

2° *Ut se suosque alat.* — La dot peut être rendue à la femme, afin qu'elle pourvoie à ses besoins et à ceux de ses gens. Le mot *suos* ne signifie pas *ses enfants*, mais *ses gens*, *suos homines*, comme dit Ulpien (1). L'entretien des enfants reste à la charge du mari. Quand celui-ci part pour un long voyage, une expédition militaire, une mission politique ou les intérêts de son commerce, on conçoit que la restitution de la dot puisse être à la convenance des époux. Il s'établit une sorte de compensation entre la perception des revenus par la femme et l'obligation où elle se trouve de subvenir à ses dépenses : *se suosque alere.*

3° *Ut fundum idoneum emat.* — Il y a controverse sur la signification de ces mots : *fundum idoneum.* Une première opinion les traduit ainsi : Un fonds propre à garantir une dette. C'est en ce sens qu'on dit : *nomina idonea*, des créances sûres ; *cautio idonea*, une caution solvable. On sait que l'emploi des fidéjusseurs était très-fréquent chez les Romains. Or, si la femme désirant, par exemple, recueillir un legs à terme ou sous condition, ne pouvait trouver la caution nécessaire à cet effet, faute d'offrir les sûretés suffisantes, on comprend combien l'acquisition d'un immeuble lui était utile et avantageuse.

Cette explication est ingénieuse, sans doute, mais elle nous paraît forcer le sens des mots *fundus idoneus.* Les lois ne sont pas des énigmes, et Paul n'a pas l'habitude d'envelopper sa pensée dans un voile aussi mystérieux. Ses paroles ont, à notre avis, un sens plus simple, plus naturel. On ne peut rien induire des expressions *cautio idonea*, *fidejussor idoneus*, car l'idée de

(1) D. L. 21, § 1, *de donat. int. vir. et ux.*

sûreté ne gît point dans l'adjectif *idoneus*, mais dans les mots *cautio*, *fidejussor*.

Par *fundus idoneus*, il faut entendre, selon nous, un fonds convenable, comme une terre productive, une maison commode, facile à louer. Les Romains attachaient une grande importance à la propriété immobilière ; ils avaient presque du dédain pour les meubles : *vilis mobilium possessio!* On comprend dès lors qu'ils aient voulu favoriser l'acquisition des immeubles, au moyen de l'aliénation d'une dot mobilière plus difficile à conserver et souvent d'un revenu moins certain. — L'immeuble ainsi acquis ne deviendra pas dotal, comme le soutiennent certains commentateurs. Pour obtenir un pareil résultat, il serait, certes, fort inutile de restituer la dot : il suffirait au mari d'acheter lui-même le fonds et de le rendre dotal avec l'assentiment de la femme. Cette opération constituerait une *permutatio dotis*, mais non une restitution anticipée.

4° *Ut in exilium, vel in insulam relegato parenti præstet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat (L. 73, de jur. dot.) : ut liberis ex alio viro egentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret (L. 20, solut. matrim.)* — Cette exception, introduite dans le but louable de permettre à la femme de secourir ou de racheter de captivité des personnes qui lui sont chères, présente une difficulté sérieuse. Quel est cet *egens vir* dont parle la loi 73? Est-ce le mari actuel, ou bien un précédent mari dont la femme est séparée par le divorce?

Plusieurs auteurs pensent qu'il s'agit du mari actuel. Tel n'est pas notre avis. On a vu que lorsque les biens dotaux sont mis en péril *propter inopiam mariti*, la femme

a le droit d'en demander la restitution. Or, l'exception dont il s'agit *autorise* cette restitution sans permettre de l'exiger. Son but n'est point de protéger la dot, mais de fournir des aliments au mari tombé dans l'indigence. — Pour échapper à cette objection, on suppose que la dot a été remise dans le principe, non au mari, mais à son père qui offre de la rendre à la femme *ut egentem virum sustineat*. Cette explication tombe dans un autre inconvénient. Comment, en effet, l'époux placé sous la puissance d'un ascendant qui doit nécessairement le nourrir, pourrait-il être l'*egens vir* dont parle la loi 73?...

Pour tourner la difficulté sans la résoudre, des interprètes ont cru à une erreur de copiste. Les lois 73 et 20 précitées appartiennent à Paul, qui ne mentionne pas l'*egens vir* dans le dernier de ces textes. N'est-il pas permis de supposer, dit-on, que le jurisconsulte avait écrit dans la loi 73 : *egentem ex alio viro filium*, comme il a dit dans la loi 20 : *liberis ex alio viro egentibus?* Avec cette correction, les fragments 73 et 20 signaleraient les mêmes personnes et se trouveraient en parfaite harmonie.

Pourquoi recourir à l'idée d'une interpolation que rien ne justifie, et qui ne saurait être admise qu'en désespoir de cause? Pourquoi ne s'agirait-il pas d'un précédent mari? Puisque la restitution de la dot peut s'opérer pour fournir des aliments aux enfants d'un premier lit, *liberis ex alio viro egentibus*, pourquoi cet ostracisme contre leur père malheureux et qui peut-être a divorcé *bona gratia?* Il y a plus : les enfants issus d'une première union acquièrent à leur père, s'ils se trouvent sous sa puissance; celui-ci recevra donc les secours qui leur seront adressés par leur mère. Pourquoi la femme ne pour-

rait-elle pas lui donner directement ce qu'elle lui donne indirectement de cette manière? Il nous semble que la raison de décider est la même dans les deux cas, et d'ailleurs l'énumération que fait Paul dans la loi 20 n'est point limitative.

Le mari qui a rendu la dot dans un des cas qui précèdent, se trouve valablement libéré et l'action *rei uxoriæ* s'évanouit, *actio dotis evanescit* (1). Toutefois il est responsable de sa faute et de son incurie : Il doit refuser la restitution des biens dotaux à une femme qu'il considérerait comme devant les dissiper, ou bien faire lui-même l'emploi convenu : NON PERDITURÆ UXORI *dos reddi potest* (2). Mais il ne saurait être tenu des cas fortuits ou de force majeure, ni même du mauvais usage et de la dissipation de la dot, s'il l'a restituée à une femme raisonnable et sensée, en un mot s'il n'a pas manqué de prudence.

SECTION II.

Par qui, dans quels cas et à qui la dot doit-elle être restituée ?

§ 1. — QUI DOIT RESTITUER LA DOT ?

Les biens dotaux doivent être restitués : 1° par le mari, s'il est *sui juris*. Quand il éprouve une *capitis deminutio*, son obligation relative à la dot ne s'éteint point comme les autres dettes dont il est tenu ; elle reste constamment attachée à sa personne, et la femme n'a pas besoin, comme les autres créanciers qui veulent

(1) D. L. 21, *solut. mat.* — (2) D. L. 73, *De jure dotium.*

rentrer dans leurs droits, de recourir à la *restitutio in integrum* (1).

2° Par le chef sous la puissance duquel il se trouve, s'il est *alieni juris*. C'est au père de famille que la dot a été remise dans ce cas, c'est à lui qu'incombe l'obligation de la rendre. Que s'il meurt *constante matrimonio filii*, le mari la prélève comme si elle lui avait été léguée *per præceptionem*. Malgré ce prélèvement, tous ses cohéritiers demeurent exposés, pour leur part héréditaire, à l'action en restitution ; il devra, en conséquence, leur donner caution, afin de les garantir contre les poursuites ultérieures de la femme ou de l'étranger donateur qui a stipulé le retour de la dot (2).

3° Par les héritiers du mari, s'il est décédé.

§ 2. — Dans quels cas s'opère la restitution?

Deux cas donnent lieu à la restitution de la dot : le divorce et la mort du mari. L'action *rei uxoriæ* ne passe pas aux héritiers de la femme. Quand celle-ci prédécède, les biens dotaux sont irrévocablement acquis au mari, sauf deux exceptions relatives à la dot *profectice*, et à la dot *adventice*.

La dot *profectice* est celle qui dérive du père ou d'un autre ascendant paternel mâle. Elle est ainsi appelée, parce qu'elle fait retour au constituant en cas de prédécès de la femme (*eo reversura est unde profecta*). Cette faveur est une consolation accordée au donateur, afin de ne pas ajouter à la douleur que lui cause la mort de sa fille, le regret de perdre les biens qu'il lui avait don-

(1) D. 1. 16. l. 8, *De cap. min.* — (2) D. 10. 2 L. 20, *famil. ercisc.*

nés (1). Peu importe, du reste, que la femme fût ou non émancipée. On considère non le droit de puissance, mais le titre d'ascendant paternel. Un rescrit d'Alexandre Sévère semble, il est vrai, n'autoriser le retour qu'autant que la fille se trouvait sous la dépendance du père au moment de la dissolution du mariage (2). Mais il s'agit dans ce rescrit d'une *espèce* où la femme était réellement *filia-familias ;* on ne saurait donc rien en induire, et c'est à tort que certains auteurs argumentent de ce texte pour refuser à l'ascendant dont la fille est morte *sui juris*, un droit consacré par de nombreux fragments (3).

Toutefois, la dot *profectice* ne revient au donateur que sous la déduction, au profit du mari, d'autant de cinquièmes qu'il y a d'enfants, et cela *in infinitum*, dit Ulpien (4).

Comment faut-il entendre ces mots *in infinitum ?* Selon Cujas (5), le mari gardera le cinquième de la part que chaque enfant aurait dans la dot, ce qui revient à un cinquième des biens dotaux, quel que soit le nombre des enfants. — Pothier, rejetant l'avis de Cujas évidemment contraire au texte d'Ulpien, opère ainsi : pour le premier enfant, on déduira le cinquième de la dot entière ; pour le second, le cinquième du restant et ainsi de suite à l'infini. (6). — Sans insister sur cette question, nous pensons, au contraire, que le mari retiendra autant de cinquièmes de la dot qu'il aura d'enfants et qu'il la conservera tout entière, s'il en a cinq ou un

(1) D. L. 6. *de Jur. dot.* — (2) C. 5. 18. L. 4. *Sol. Mat.* — (3) D. L. 5. *de Jur. dot.* ; L. 5. *de Divort.* ; L. 10 et L. 59. *Solut. matr.* ; L. 71. *de Evict.* — (4) Ulpien, *fragm. VI*, 4. — (5) Cujas, *in titulo de rei ux. act.* — (6) Pothier, *Pandect. t. solut. mat.* nº 1. —

plus grand nombre : *quintis in singulos liberos in infinitum relictis.*

La dot *adventice* est celle qui provient d'un ascendant maternel, d'un étranger ou de la femme elle-même. Dans le cas de prédécès de celle-ci, elle ne doit être rendue au constituant qu'autant qu'il a stipulé le droit de retour : on la nomme, dans cette hypothèse, *dos receptitia.* La *dos receptitia* ne peut jamais être restituée à la femme pendant le mariage : cette restitution, en effet, mettrait le mari dans l'impossibilité de remplir vis-à-vis du donateur l'engagement résultant de la stipulation de ce dernier (1).

§ 3. — A QUI DOIT-ON RESTITUER LA DOT?

La dot, profectice ou adventice, doit être restituée à la femme seule, si elle est *sui juris.* — Si elle est en puissance, l'action *rei uxoriæ* appartient à son père qui ne peut l'intenter qu'en s'adjoignant la personne de sa fille *(adjuncta filiæ persona)* (2). Si elle meurt postérieurement à la dissolution de l'union conjugale, mais avant que l'action ait été exercée, le père pourra agir indépendamment d'un concours devenu désormais impossible. Nous voyons ici une dérogation remarquable à ce principe bien connu suivant lequel le *pater-familias* fait valoir seul et d'une manière absolue, les droits qui lui sont acquis par les personnes qui dépendent de lui. On a voulu par ce tempérament fournir à la femme le moyen de veiller à la conservation de sa dot. Son assentiment

(1) Ulp. *fragm. VI.* 5. — (2) Ulpien, *ibid.* 6.

est nécessaire non-seulement pour former la demande, mais encore pour recevoir le paiement : *non solum in exigenda, sed etiam in solvenda dote, utriusque voluntas exquiritur* (1). Elle peut même agir seule lorsque le père est en état de démence, qu'il est absent ou que sa conduite déréglée donne lieu de craindre qu'il ne dissipe les biens dotaux (2).

SECTION III.

Quels objets doivent être restitués ?

Cette section sera divisée en trois paragraphes : Les deux premiers auront pour objet la restitution des choses dotales, des intérêts et des fruits; le troisième traitera de la responsabilité du mari relativement aux biens de la femme.

§ 1. — DE LA RESTITUTION DES OBJETS DOTAUX.

La restitution de la dot embrasse tout ce qui est apporté de la part de la femme au mari, pour l'aider à soutenir les charges du mariage, *ad ferenda matrimonii onera* : les immeubles, les meubles, les rentes viagères, les droits d'usufruit, les créances. Cet ensemble de choses est désigné sous la dénomination générale de *res uxoria*, expression spécialement réservée à l'action en répétition de la dot *(rei uxoriæ actio)*.

Quand les objets dotaux, meubles ou immeubles, ont été estimés à l'époque du mariage, cette estimation vaut

(1) D. L. 3, *Solut mat.* — (2) *Ibid.* L. 22.

vente, à moins qu'une convention particulière n'en ait autrement réglé les effets. Le mari est débiteur de quantités, il doit rendre des choses de même valeur (*aliæ ejusdem naturæ, qualitatis et quantitatis*) (1).

A défaut d'estimation, les choses dotales sont restituées en nature ; le mari est débiteur de corps certains. Les améliorations et les dégradations sont aux risques de la femme ; elle profite de l'alluvion qui augmente son fonds, elle subit la perte du terrain que le courant enlève. Quand l'usufruit d'un immeuble vient, *constante matrimonio*, se réunir à la nu-propriété donnée en dot, cet accroissement lui appartient au même titre que l'alluvion (2).

Lorsque la dot consiste en un droit d'usufruit, que doit-on restituer? Cette question revient à celle-ci : *Quid est in dote* ? Est-ce l'usufruit lui-même ? Est-ce seulement la faculté de percevoir les fruits et de profiter des intérêts qu'ils peuvent produire, à la charge de rendre ces mêmes fruits avec le fonds ? En principe, et sauf convention contraire, c'est le droit d'usufruit, le *jus ipsum* qui est présumé constitué en dot et qui doit être restitué ; les revenus appartiennent au mari, qui a le même émolument que s'il avait reçu la pleine propriété (3).

Les textes signalent à ce sujet plusieurs hypothèses qu'il importe de distinguer (4).

Première hypothèse : la femme a donné en dot l'usufruit qu'elle avait sur le fonds de son mari. — Lors de la dissolution du mariage, elle ne pourra pas répéter le

(1) D. L. 10. *de jur. dot.* — (2) *Ibid.* L. 4. — (3) *Ibid.* L. 7, § 2. — (4) *Ibid.* L. 78, §§ 1, 2, 3.

même droit d'usufruit qui se trouve éteint et réuni aux autres éléments de la propriété par suite de la confusion qui s'est opérée ; mais elle se fera constituer, par la cession juridique, un nouvel usufruit qui sera identique au précédent, puisqu'il reposera et sur la même tête et sur le même immeuble. Si elle prédécède, l'usufruit s'évanouira et le mari ne sera tenu d'aucune restitution.

Deuxième hypothèse : l'usufruit dotal porte sur un immeuble qui appartient à la femme. — Si elle meurt *in matrimonio*, le mari conservera pendant toute sa vie l'usufruit qu'elle lui a donné, par la raison que l'action *rei uxoriæ* ne passe point aux héritiers. S'il survient un divorce, la femme recouvrera son usufruit. En cas de prédécès du mari, ce droit, exclusivement attaché à sa personne, s'éteindra, et les revenus de la dernière année seront partagés d'après les règles expliquées au paragraphe suivant.

L'hypothèse qui nous occupe, se complique lorsque le mari laisse périmer l'usufruit par le non-usage (*non utendo*), ou lorsque la femme vend la propriété, soit à son époux, soit à un tiers.

L'usufruit s'est-il éteint par le non-usage ? La femme n'a plus à le répéter, puisque par l'effet de cette extinction, il est venu se réunir à la nu-propriété. — A-t-elle vendu la nu-propriété au mari ? Elle réclamera, lors de la dissolution du mariage par le divorce, le prix de l'usufruit. — L'acquéreur est-il un tiers ? Elle pourra exiger que l'usufruit soit abandonné à ce dernier, afin de toucher elle-même le prix de la cession (*pretium consequi*), si telles sont les clauses de l'aliénation, ou afin de gratifier le tiers-acquéreur (*gratiam præstare*), au détriment d'un époux ingrat qu'elle veut

punir de l'avoir, par exemple, injustement répudiée.

Troisième hypothèse : Un tiers a constitué sur son propre fonds un usufruit au mari pour doter la femme. — Comment s'opérera, à l'époque du divorce, la restitution de cet usufruit, droit exclusivement personnel qui ne peut, sans s'éteindre, se détacher de la personne du mari ? L'*in jure cessio* est impossible. Selon Pomponius, elle dépouillerait l'époux de son droit d'usufruit qui ferait retour à la nu-propriété ; d'après Gaïus, le mari devrait être réputé ne l'avoir ni cédé, ni perdu (1). Quoi qu'il en soit de ce point controversé, le résultat serait toujours le même pour la femme. Voici les expédients imaginés par la jurisprudence pour lui procurer l'équivalent de sa dot. Le mari lui vendait ou lui louait pour un prix insignifiant, *uno nummo*, l'exercice de son droit d'usufruit ; ou bien, il donnait caution de la laisser jouir, elle et ses héritiers, tant qu'il vivrait. Enfin, on parvenait au même but par la cession de l'usufruit au nu-propriétaire, sous l'obligation d'en constituer un nouveau au profit de la femme ou de lui en payer la valeur (2).

Quatrième hypothèse : La femme a donné en dot l'usufruit qu'elle a sur un fonds appartenant à un tiers. — Cette constitution ne lui enlève pas le droit d'usufruit : le mari en acquiert seulement l'exercice qu'il perdra à la dissolution du mariage.

§ 2. — De la restitution des intérêts et des fruits.

Les fruits des biens dotaux perçus pendant le mariage,

(1). D. L. 66. *de jur. dot.* et Gaïus, II, 30 — (2). D. L. 57, *solut. mat.*

appartiennent au mari qui les acquiert comme une compensation de l'obligation qui lui incombe de subvenir aux charges du ménage commun. On entend par *fruits* les produits périodiques qu'une chose est destinée à fournir. Ainsi le croît des animaux est un revenu dotal ; toutefois, s'il s'agit d'un troupeau, le mari doit remplacer les bêtes mortes par celles du croît : c'est une universalité qu'il est tenu de restituer intégralement. La même décision s'applique à un fonds de commerce, qui se renouvelle sans cesse par le roulement des valeurs dont il se compose et que Bartole appelle *universitas mercaturæ*. Le part des esclaves n'appartient point au mari : *Quia*, dit Ulpien, *non temere ancillæ rei causa comparantur ut pariant*. Gaïus donne une raison plus philosophique, lorsqu'il ajoute : *Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse!*

On peut stipuler que les fruits du fonds dotal seront dotaux : le mari, dans ce cas, gardera les intérêts que produiront ces fruits ainsi capitalisés, dont il rendra le montant à la dissolution du mariage : *Erunt igitur in dote fructus et frueretur iste usuris* (1). Ainsi, dit Papinien, lorsqu'une femme s'est constitué en dot la somme que lui devait Seïus avec les intérêts à échoir, la restitution comprendra non-seulement les intérêts échus entre la constitution et le mariage, mais encore ceux qui auront couru *constante matrimonio* jusqu'au paiement du capital par le débiteur : *Usuras dotis portionem esse.... rationis est* (2). Cujas trouve cette décision contraire au principe qui fait acquérir au mari tant les fruits civils que les fruits naturels. En conséquence, il fait une cor-

(1) D. L. 4. *de Pact. dot.* — (2) D. L. 69, § 1, *de Jur. dot.*

rection au texte de Papinien, et propose de lire : *Rationis* NON *est*. Mais cette leçon, contredite par les Basiliques et par tous les manuscrits, est inacceptable. La critique du grand jurisconsulte n'est point fondée d'ailleurs. N'est-il pas loisible, en effet, aux parties de stipuler à leur gré leurs conventions matrimoniales, et les intérêts des fruits capitalisés ne peuvent-ils pas avoir été jugés suffisants pour faire face aux besoins du ménage ?...

A la dissolution du mariage, les fruits des biens dotaux se partagent entre le mari et la femme, au prorata du temps qu'il a duré pendant la dernière année. L'année matrimoniale se calcule en prenant pour point de départ le jour où la dot a été livrée au mari (1). On n'applique pas ici les principes du droit commun, d'après lesquels les fruits naturels ne s'acquièrent que par la perception : sous le régime dotal, ils sont assimilés aux fruits civils et s'acquièrent jour par jour. On est parti de cette idée fort juste que le mari doit avoir un émolument calculé sur la durée des charges qu'il supporte. Ainsi, quand le mariage a duré huit mois pendant la dernière année, il retient les deux tiers des revenus : moissons des céréales, vendanges, croît des animaux, laines, loyers des maisons et le reste ; mais les impenses, telles que frais de semences et autres, doivent être préalablement déduites : *Fructus eos esse constat qui deducta impensa supererunt* (2).

Il faut entendre par première récolte celle qui se fait après la remise du fonds dotal, la suivante s'appliquant toujours à la seconde année du mariage, et ainsi de suite. Quelquefois les variations des saisons amènent

(1) D. L. 5. *Solut. mat.* — (2) *Ibid.* L. 7.

deux récoltes dans une année précoce ; mais ce résultat accidentel ne change rien aux droits du mari. Si, par exemple, l'union conjugale n'a duré que onze mois pendant cette année précoce, il doit rendre tout entière la seconde récolte et un douzième de la première. Réciproquement, si l'année a été tardive, les fruits recueillis après la dissolution du mariage lui appartiennent pour les onze douzièmes. Ce qui vient d'être dit s'applique aussi aux récoltes qui n'ont lieu qu'à de longs intervalles. Soit un bois, *sylva cædua*, mis en coupe tous les neuf ans et un mariage qui en a duré six : le mari aura droit aux deux tiers de la coupe, à quelque époque qu'elle soit faite (1).

Ces principes sont fort clairs, mais ils se trouvent singulièrement obscurcis dans une loi célèbre de Papinien, loi qui est, à notre avis, un véritable logogriphe (2).

Le jurisconsulte suppose un mariage célébré le 1er octobre et une vigne garnie de ses raisins, constituée en dot par la femme. Quelques jours plus tard, le mari fait la vendange et le 1er novembre il donne la vigne à ferme. L'union conjugale est dissoute le 30 janvier, après avoir duré quatre mois. Comment s'opérera la restitution des fruits ? — Papinien résout cette question de la manière suivante : *Vindemiæ fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Cujas et plusieurs autres commentateurs traduisent ainsi : Le produit de la vendange et le quart du prix annuel du bail devront être additionnés (*confundi*), et le mari retiendra le tiers de cette somme

(1) *Ibid.* L. 7, § 7. — (2) *Ibid.* L. 7, § 1.

totale. — Ce cumul est inadmissible, répond Duaren, le mariage n'a duré que le tiers de l'année, le mari doit se contenter du tiers du revenu annuel. Cet illustre interprète reproche à Cujas de ne point comprendre le texte de Papinien, qui ne dit point EJUS PECUNIÆ, mais bien EX EA PECUNIA *tertia portio*, ce qui est tout différent. Suivant lui, *confundi* doit se prendre dans le sens de *compensare*, compte à régler entre les époux : le mari, d'après son système, gardera le douzième du produit de la vendange et le quart du prix du bail. — Les critiques de Duaren paraissent fort raisonnables, mais il a le tort d'appliquer à la première année du mariage le prix du fermage qui est uniquement destiné à soutenir les charges de la seconde, selon les règles exposées plus haut. C'est pourquoi Proudhon pense que le mari n'a droit qu'au tiers de la vendange par lui recueillie. Pour essayer de mettre son opinion en harmonie avec les paroles de Papinien, il suppose que cette récolte a été remise au fermier : hypothèse vraiment divinatoire, invraisemblable et qui ne saurait apporter aucune lumière dans le débat! Mais, en dehors de cette supposition gratuite, et quel que soit le sens d'une loi qui a fait le désespoir de tous les interprètes, la décision de Proudhon nous semble, dans l'espèce et en elle-même, la plus conforme aux principes (1).

§ 3. — DE LA RESPONSABILITÉ DU MARI.

Le mari est, relativement aux choses dotales, responsable de son dol et de sa faute, *quia*, dit Ulpien,

(1) Proudhon, *de l'Usufruit*, nº 2716 et suiv.

causa sua dotem accipit. Mais répond-il de la faute *in abstracto*, comme le mandataire, le locataire, le commodataire, ou seulement de la faute *in concreto*, comme l'associé ? Il est tenu, *in concreto : diligentiam prestabit, quam in suis rebus exhibet* (1).

L'associé ne doit aux affaires sociales que les soins qu'il apporte habituellement aux siennes propres, par la raison qu'il agit dans un but commun et que son intérêt est une garantie de sa bonne administration ; d'ailleurs *inter conjunctas personas res non sunt amarè tractandæ*. De même, malgré les différences qui séparent l'association conjugale de la société ordinaire, on peut dire que le soutien des charges du ménage est un but commun aux deux conjoints. En se constituant une dot, la femme se confie à son époux, seul administrateur, comme à un associé : la responsabilité de ce dernier doit donc servir de type à celle du mari. — Cependant plusieurs auteurs, apportant un tempérament à cette règle, pensent que dans le recouvrement des créances, le mari est tenu *exactissima diligentia* ou de la faute *in abstracto*, par le motif qu'il se charge en quelque sorte de l'affaire d'autrui et qu'il doit être traité comme un mandataire. Cette opinion nous paraît erronée. Le mari n'est point un mandataire ordinaire ; il agit dans un intérêt commun, même lorsqu'il poursuit les débiteurs de la femme, et nous ne voyons pas plus de raisons de lui appliquer les principes du mandat dans ce cas que dans les autres.

Il est responsable de la conservation des objets qu'il doit rendre en nature ; il est chargé de faire les réparations d'entretien : *tueri res dotales debet ;* mais il n'est

(1) D. L. 17, *de jur. dot.*

point tenu des cas fortuits ou de force majeure, ni des dégradations qui sont le résultat de la vétusté. Il en est autrement pour les choses de quantité ; elles sont complétement à ses risques, *mariti periculo sunt*, car les genres ne sauraient périr, *genera non pereunt*.

Les principes qui précèdent se trouvent consacrés dans une décision célèbre rapportée au Digeste (1). Après une sédition excitée par Caïus Gracchus et dans laquelle ce tribun fut tué, la dot de Licinia, son épouse, fut confisquée par le sénat, qui voulut la punir d'avoir porté le deuil d'un factieux. Le jurisconsuite *Mucius Scævola*, consulté sur le droit de la femme à l'égard du mari, répondit que la dot ayant péri par la faute de celui-ci, ses héritiers étaient tenus de la restituer.

Nous terminerons ce paragraphe par l'examen d'une question délicate et vivement controversée.

En Droit Romain, la règle générale est que le délégataire, en cas d'insolvabilité du délégué, n'a point de recours contre le délégant : *Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit.... nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit*, dit Papinien (2).

Cela posé, le mari qui, sur la délégation de la femme, a stipulé la dot d'un débiteur de celle-ci, doit-il être présumé avoir pris à sa charge les risques de la solvabilité du délégué, ou n'est-il responsable que de sa négligence dans le recouvrement de la créance? Telle est la question.

Dans un premier système, on soutient que l'insolvabilité du débiteur sera à la charge du mari délégataire. On s'appuie sur la loi 6, D., *de Pactis dotalibus*, qui

(1) D. L. 66, *Solut mat.* — (2) D. 21, 2, L. 68, § 1. *De evict.*

permet de convenir que la créance ne sera point aux risques de ce dernier : *Quamvis pacisci possit ne sit periculo ejus nomen debitoris qui ei dotem promisit.* Or, ce pacte serait, dit-on, superflu si l'insolvabilité du délégué devait, en règle générale, être supportée par la femme. — Nous préférons l'opinion contraire. L'époux n'est point dans la position d'un délégataire ordinaire ; il ne doit équitablement rendre que ce qu'il a reçu ou pu recevoir : tous les textes partent de cette idée que les risques sont pour la femme quand aucune faute n'est imputable au mari (1). La loi 6 qu'on oppose est loin d'être concluante ; il est facile de rétorquer l'argument qu'on en tire, car elle permet aussi de stipuler que la créance sera aux risques du mari : *et per contrarium ut ea dos quæ periculo mulieris est sit periculo mariti.* Or, ne pouvons-nous pas dire, à notre tour, que ce pacte serait superflu, si en général l'époux répondait de l'insolvabilité du délégué ?...

Toutefois, cette insolvabilité est à sa charge, quand il a pris sur lui tous les risques de la créance (*secutus est nomen debitoris*), quand il a connu, au moment de la délégation, le mauvais état des affaires du débiteur (2), qu'il lui a fait crédit en recevant de lui des intérêts (3), ou qu'il a négligé d'exercer des poursuites en temps utile. Hors ces cas, il est uniquement tenu de céder la créance contre le débiteur insolvable.

La dot promise par un ascendant, un donateur, n'est pas aux risques du mari ; il est excusable d'avoir usé de grands ménagements vis-à-vis de ces personnes qui

(1) D. L. 41, § 3, *de Jur dot.* ; L. 49, *Solut. mat.* — (2) D. L. 41, § 3, *in fine*, *de Jur. dot.* — (3) *Ibid.* L. 71.

s'étaient obligées par un sentiment de bienfaisance, et qui auraient pu exciper du bénéfice de compétence (1). Il se libérera en restituant l'action qu'il a contre elles.

La même décision s'applique *à fortiori* au cas où c'est la femme elle-même qui a promis la dot *de suo* : comment pourrait-elle se plaindre de n'avoir pas été poursuivie? Le mari sera quitte envers elle en lui faisant remise de son obligation (2).

SECTION IV.

Dans quels délais doit s'opérer la restitution de la dot.

L'époque de la restitution de la dot varie selon la nature des objets qui la composent.

Les corps certains doivent être rendus immédiatement (*illico*) : aucun délai n'est accordé au mari. Les choses fongibles sont restituées en trois paiements et par tiers, d'année en année, *annua*, *bima*, *trima die* (3).

La raison de cette différence dans les délais est facile à saisir. Le mari doit conserver les objets dont la restitution a lieu en nature; s'il les a aliénés, il est en faute et, par conséquent, indigne de toute faveur. Les quantités, au contraire, destinées à être consommées, ne se conservent pas; il est probable que le mari ne les a pas à sa disposition au moment de la dissolution du mariage. Un délai convenable lui est accordé afin qu'il puisse se les procurer : l'action *rei uxoriæ*, qui est de bonne foi, ne s'oppose pas à ce tempérament. Ces délais pouvaient

(1) D. L. 33, *de Jur. dot.* — (2) *Ibid.* L. 41, § 4. — (3) Ulpien, *Fragm. VI*, 8.

être restreints, mais non pas prolongés par un pacte (1). La jurisprudence, fidèle à l'esprit de la loi *Julia*, considérait comme blessant l'ordre public tout ce qui pouvait retarder pour les femmes les secondes unions ; or un délai trop étendu aurait amené ce résultat, tandis qu'une restitution plus prompte donnait aux matrones romaines, veuves ou divorcées, plus de facilités pour former de nouveaux liens.

SECTION V.

Causes de rétention admises en faveur du mari.

Le mari n'est pas toujours obligé de restituer l'intégralité de la dot, il a le droit d'en retirer une partie pour les cinq causes suivantes : *propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*, *propter res donatas*, *propter res amotas* (2). Nous allons les passer successivement en revue.

§ 1. — RÉTENTION *propter liberos*.

La rétention *propter liberos* est admise lorsque le divorce survient par la faute de la femme ou du père, sous la puissance duquel elle se trouve placée. L'épouse est en faute, lorsque par sa mauvaise conduite, elle occasionne la séparation ou qu'elle envoie le *repudium* sans motif suffisant. La rétention est d'un sixième de la dot par chaque enfant, sans pouvoir cependant excéder la moitié des biens dotaux. Elle a le double but de punir la femme et d'indemniser le mari, qui demeure

(1) D. L. 14 *de pact dot.* — (2) Ulpien, *fragm*, *VI*, 10 et s.

chargé de l'entretien et de l'éducation des enfants. Mais si le divorce arrive par la faute de l'époux, il n'est pas admis à opérer une retenue dont il s'est rendu indigne : elle lui est également refusée dans le cas où le *discidium* s'est fait *bona gratia*.

Ces règles étaient susceptibles de modifications. Ainsi, il était permis de convenir que la rétention aurait lieu quand même le divorce interviendrait sans la faute d'aucun des conjoints, et que la quotité à retenir pourrait dépasser la moitié de la dot et la comprendre tout entière (1). — Le mari ne pouvait obtenir ces avantages que par voie de rétention, et jamais par voie d'action : *in retentione sunt, non in petitione*.

§ 2. — RÉTENTION *propter mores*.

Les mœurs des époux sont une cause de rétention. On appelle *graviores* ou *majores mores* l'adultère, qui, seul, constitue l'inconduite grave aux yeux de la loi ; et *leviores* ou *minores mores* les autres fautes, telles que l'ivrognerie, qui forment l'inconduite légère.

Les mœurs de la femme sont punies par une rétention égale au sixième de la dot, si elle s'est rendue coupable d'adultère ; au huitième, s'il s'agit d'un écart moindre.

Les mœurs du mari donnent lieu aux peines suivantes : s'il s'agit d'une dot de quantités restituables par tiers en trois ans (*annua, bima, trima die*), il la rendra sur-le-champ, si la faute est grave ; par tiers, de six mois en six mois (*senum mensum die*), si la faute est légère : ce

(1) *Vatic. fragm.*, 106, 107 ; D. L. 2. de *pact. dot.*

qui revient à la déchéance totale du délai dans le premier cas, à la déchéance de la moitié, dans le second. — S'il s'agit d'une dot de corps certains restituable en nature immédiatement, il donnera l'équivalent des fruits qui correspondent au temps dont la restitution est avancée pour la dot de quantités, savoir : les revenus de deux années, si l'écart est grave, et ceux d'une année seulement, si la faute est moindre (1).

Ces peines peuvent être exigées, soit par voie de rétention, soit par une action spéciale appelée *judicium morum*, *actio de moribus*.

On demande si les deux rétentions *propter liberos* et *propter mores* peuvent être cumulées : sur ce point, deux systèmes. — Les uns répondent négativement, en s'appuyant sur le § 11, tit. VI, des fragments d'Ulpien, qu'ils traduisent ainsi : Une dot qui a été l'objet d'une rétention, ne peut pas en subir une seconde, *dos quæ semel functa est, ampliùs fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.* Cette interprétation nous paraît inexacte. Le verbe *fungi* n'est jamais pris dans ce sens, et le § 11, ainsi entendu, ne serait point à sa place. Il doit être rapproché du § 10, et alors il s'explique facilement. Ulpien déclare, dans ce dernier texte, que la rétention *propter liberos* ne peut jamais s'exercer par voie d'action et il justifie cette proposition dans le § 11 qui signifie, à notre avis : une dot qui a rempli sa destination ne peut plus être traitée comme dot, s'il n'intervient un nouveau mariage ; en d'autres termes, la dot qui a été restituée ne peut pas être, *propter liberos*, l'objet d'une demande qui présuppose nécessairement la qualité de dot. Le mot

(1) V. Niebuhr, *Histoire romaine.*

fungi est employé dans ce sens par Paul, lorsqu'il dit: *nundum functum monumentum*, un tombeau qui n'a pas encore servi. Cette explication a pour elle l'autorité de Cujas. Pourquoi, d'ailleurs le concours de deux rétentions serait-il impossible? Pourquoi, par exemple, la rétention *propter liberos* exclurait-elle la rétention *propter impensas?* Rien dans les textes ne paraît s'opposer à un pareil cumul.

§ 3. — RÉTENTION *propter impensas*.

Les impenses se divisent en impenses *nécessaires*, *utiles* et *voluptuaires* (1).

Les impenses *nécessaires* sont celles qui sont indispensables pour la conservation de la dot *(quibus non factis dos deterior futura esset.)* On range dans cette classe les réparations faites à un édifice menaçant ruine, les remèdes fournis à un esclave malade, etc. Elles diminuent la dot *ipso jure* : si le mari n'est pas rempli de ses déboursés, il jouit du droit de rétention, et il peut répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé en sus de ce qu'il devait restituer. — Que faut-il décider dans le cas où les dépenses nécessaires successivement faites sur le fonds viennent à égaler sa valeur? L'immeuble cesse alors d'être dotal, au dire de Paul (2); mais si dans l'année la femme rembourse au mari le montant des dépenses, le fonds recouvre son caractère de dotalité et l'aliénation en demeure interdite dans l'intervalle *(interim)*, afin que l'épouse puisse exercer la faculté qui lui est accordée.

(1) D. 25, 1. *De imp. in res dot. factis.* — (2) D. L. 56, § 3, *de jur. dot.*

Les impenses *utiles* sont celles qui ont rendu la chose dotale plus productive, mais dont l'omission n'eût point entraîné sa perte ou sa détérioration : ainsi, planter un champ de vignes ou d'oliviers, ouvrir une boutique dans une maison de la femme, faire apprendre un art ou une science à un esclave, c'est augmenter la valeur des objets dotaux. Ces dépenses donnent lieu à un droit de rétention, lorsque l'épouse y a consenti ; sinon, le mari n'est autorisé à s'en faire tenir compte qu'autant que les circonstances n'en rendent pas le remboursement trop onéreux pour la femme. Il ne peut jamais invoquer les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum ;* mais la stipulation dite *tribunitienne* lui fournit un moyen de sauvegarder ses droits : en restituant la dot, il se fera promettre par la femme le paiement des avances qu'il a faites pour elle (1).

Les impenses *voluptuaires* sont celles qui ajoutent de l'agrément à la chose, sans augmenter ni ses produits, ni sa valeur ; par exemple, la plantation d'un bosquet, des peintures, etc. Comme elles ont lieu uniquement pour le plaisir de celui qui les fait, il est de principe que le mari ne peut réclamer pour cet objet aucune indemnité ; il a seulement le droit de retirer les choses qui peuvent être enlevées ou détachées sans détériorer le fonds.

§ 4. — Rétention *propter res donatas.*

La jurisprudence et les constitutions impériales apportèrent à la prohibition des donations entre époux

(1) Ulpien, *fragm. VII, 5.*

certaines exceptions justifiées par des motifs de convenance ou d'utilité. Ainsi, on permit : 1° les donations *mortis causa*, qui, révocables à volonté, ne devaient avoir leur effet qu'à la mort du donateur; 2° les donations *divortii causa* : il n'était pas à craindre qu'au moment du divorce un époux se dépouillât trop facilement aux dépens de l'autre, et il eût été trop dur de lui refuser la satisfaction d'assurer des moyens d'existence à un conjoint dont il se séparait peut-être *bonâ gratia ;* 3° les dons pour faire face à un besoin pressant, à un accident grave, à un malheur imprévu; 4° la donation d'un esclave, à la condition de le rendre libre : on voulait favoriser les affranchissements; 5° les donations ayant pour but de faciliter au mari l'accès des honneurs et de lui obtenir des distinctions de l'Empereur, comme le laticlave, un cheval public : un motif politique fit admettre cette dernière exception (1). — Dans tous ces cas, il y avait lieu à un droit de rétention et à une action.

§ 5. — Rétention *propter res amotas*.

La soustraction commise par un époux, en vue du divorce, au préjudice de son conjoint, est un véritable vol, *furtum*, et l'usucapion des choses ainsi enlevées ne peut s'effectuer au profit du possesseur de bonne foi, tant que le vice dont elles sont infectées, n'est point purgé par leur retour au pouvoir du propriétaire. Mais, à raison des relations qui unissent les époux et de l'honneur qui est dû au mariage, *in honorem matrimonii*,

(1) D. 24, 1. L. 28, § 2, *de Donat. int. vir. et ux.*

ou refuse au plaignant l'*actio furti*, qui est infamante, et on lui accorde l'*actio rerum amotarum*, dont les termes adoucis excluent l'infamie. Les choses détournées s'estiment eu égard à leur valeur au temps de la soustraction. L'*actio rerum amotarum est in simplum :* on peut recourir, si on le préfère, au serment *nihil divortii causa amotum esse* (1). Le mari jouit, en outre, du droit de rétention.

SECTION VI.

De la Nature et des Effets de l'action en restitution de la dot.

Plusieurs voies sont ouvertes à la femme, selon les cas divers, pour répéter ses biens dotaux ; les actions *rei uxoriæ*, *ex stipulatu*, *ex testamento*, *præscriptis verbis*, tendent à ce but ; nous les avons comprises sous la dénomination générale d'actions en restitution de la dot. Il importe maintenant d'indiquer la nature et les caractères de chacune d'elles et de signaler leurs effets.

§ 1. — De l'action *rei uxoriæ*.

L'action *rei uxoriæ* est l'action par excellence en matière de dot ; elle existe indépendamment de toute stipulation, par cela seul qu'une dot a été constituée ; ses effets sont remarquables et ses cas d'application fort nombreux. Elle est de bonne foi, *in bonum et æquum concepta*. Les expressions consacrées dans la formule (*quod æquius melius*) donnent même au juge un pouvoir

(1) D. 25, 2. *Rerum amotarum.*

plus étendu que dans les *judicia bonæ fidei* ordinaires. Elle présente les caractères suivants :

1° La femme est dispensée, pour repousser le dol du mari, de recourir à la *cautio de dolo* ou à l'action prétorienne *de dolo malo* ; le mari, de son côté, n'a pas besoin de faire insérer dans la formule les exceptions de dol, de violence, de pacte ; elles sont renfermées dans l'office du juge : *officio judicis continentur* (1). Mais les exceptions prises d'une autre considération que celle de la bonne foi, comme les exceptions *rei judicatæ*, *in id quod facere possit*, ne sont pas comprises de plein droit dans la formule *bonæ fidei*, et doivent, par conséquent, s'y trouver spécialement mentionnées. Après l'abolition du système formulaire, le *jus* et le *judicium* se confondirent, mais les pouvoirs du juge ne furent pas amoindris.

2° Le juge doit compenser les dettes réciproques des époux, jusqu'à concurrence de la plus faible, et tenir compte de ce qui est dans les mœurs et les usages : *ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (2).

3° Le mari jouit, pour la restitution de la dot, des délais indiqués à la section IV ci-dessus, et il peut exercer les rétentions qui font l'objet de la section V.

4° *Le bénéfice de compétence* est accordé au mari *sui juris* ou au père du mari, fils de famille, lorsque la femme agit contre l'un ou l'autre pour la restitution de sa dot ; mais cette faveur ne passe pas aux héritiers : *sed hoc hæredi non est præstandum* (3). Sous l'*ordo judiciorum*, l'exception *in id quod facere potest*, n'était pas comprise

(1) *Vatic. fragm.* 94. — (2) Gaïus, IV, 63 et D. 21, 1. L. 31. § 20. — (3) D. L. 12 et 15 § 2, *solut. mat.*

de plein droit dans l'action *rei uxoriæ* ; elle devait être insérée spécialement dans la *condemnatio* de la formule (1). — Par suite de ce bénéfice, le mari n'est condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés pécuniaires ; il ne peut pas être inquiété pour le surplus de sa dette, à moins que, par une stipulation spéciale, il ne se soit engagé à le payer *si ad meliorem fortunam pervenerit*. Plus tard cette dernière stipulation ne fut plus nécessaire ; on la sous-entendit de droit (2).

5° Si la femme a reçu par testament, legs ou fidéicommis, une libéralité du mari, elle ne peut la cumuler avec l'exercice de l'action *rei uxoriæ*. En vertu de l'édit de *alterutro*, elle doit opter entre les avantages qui lui sont faits et la reprise de sa dot.

6° L'action *rei uxoriæ* ne passe pas à ses héritiers, à moins qu'elle n'ait mis le mari en demeure (3).

7° Cette action est couronnée par un privilége, *privilegium*, exclusivement personnel à la femme et qui lui donne un droit de préférence sur tous les créanciers non hypothécaires du mari.

§ 2. — De l'action *ex stipulatu*.

L'action *ex stipulatu* ne peut résulter que d'une stipulation formelle ; elle est de droit strict, et produit des effets bien plus rigoureux que l'action *rei uxoriæ*.

Ainsi : 1° le juge, renfermé dans le cercle du *strictum jus*, ne peut point invoquer les principes de l'équité et de la bonne foi. La compensation, les actions et les ex-

(1) D. 44, 1. L. 7. *De except.* — (2) C. L. 8. *Solut. mat.* — (3) Ulpien, VI, 7.

ceptions de dol, doivent, pour être admises, former l'objet d'une demande spéciale.

2° L'action *ex stipulatu* ne laisse au mari aucun délai pour restituer, aucune rétention à exercer, si ce n'est pour les dépenses nécessaires *quæ ipso jure dotem minuunt* (1).

3° Elle lui refuse le bénéfice de compétence.

4° Elle passe aux héritiers de la femme.

5° Elle n'est point soumise à l'édit de *alterutro*.

6° Elle jouit du même privilége que l'action *rei uxoriæ*.

§ 3. — Du legs de la dot.

Quand le mari lègue la dot à la femme, celle-ci peut en demander la restitution par l'action *ex testamento*, qui est de droit strict, présente les mêmes caractères que l'action *ex stipulatu* et produit les mêmes effets. Le legs de la dot est valable, parce qu'il offre plus d'avantages que l'action *rei uxoriæ*. Il était d'un usage très-fréquent chez les Romains et on trouve au Digeste un titre spécial sur cette matière : *De dote prælegata*. L'expression *prælegare dotem* était consacrée, probablement par la raison qu'un pareil legs conférait le droit d'obtenir la dot avant le délai fixé pour sa restitution (2).

§ 4. — De quelques actions spéciales.

Lorsqu'au lieu de recourir aux solennités de la stipulation, la femme ou le constituant se font promettre

(2) D. 33, 4. L. 5. *De dote prælegata*. — (2) *Institut. II, tit.* 20, § 15.

par un pacte la restitution de la dot, on leur accorde, dans ce cas, au lieu de l'action *ex stipulatu*, l'action *præscriptis verbis*, dont l'*intentio*, conçue *in jus*, est *incerta* (1).

Comme il n'y a point de dot sans un mariage valable, l'action *rei uxoriæ* n'est point accordée pour la répétition des biens donnés pour soutenir les charges d'un mariage qui a manqué : on agit, dans cette hypothèse, par la *condictio sine causa*.

L'action *præscriptis verbis*, les *condictiones ex testamento* et *sine causa*, jouissent du même privilége que les actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*.

Les biens *paraphernaux* ou extra-dotaux livrés par la femme au mari pour rester en dehors de la dot, ne sont pas compris dans l'action *rei uxoriæ*. La femme les réclamera par l'action *mandati* ou l'action *depositi*. Que si ces biens sont restés sous la garde de la femme, celle-ci n'aura aucune action, à moins que le mari ne veuille se les approprier, auquel cas elle intentera soit l'action *rerum amotarum*, soit l'action *ad exhibendum*.

TITRE III.

DES MODIFICATIONS INTRODUITES PAR JUSTINIEN DANS L'ACTION EN RESTITUTION DE LA DOT.

Les principes que nous venons d'exposer reçurent peu de modifications jusqu'à Justinien. Lorsque ce Prince monta sur le trône de Constantinople, en 527, l'institution de la *manus*, qui déjà allait en déclinant du temps de Gaïus, avait fini par disparaître. Le dogme chrétien,

(1) C. 5, 13. § 13. *De rei ux. act.*

en restituant à la femme sa place légitime au foyer domestique, avait inauguré des idées nouvelles qui appelaient un droit nouveau. D'un autre côté, depuis que les grandes voix des jurisconsultes du second et du troisième siècle avaient cessé de se faire entendre, le cahos avait pénétré dans la législation, et ce fut sur les ruines du vieil édifice juridique croulant de toutes parts, que Justinien résolut d'opérer une réforme devenue indispensable.

La constitution de la famille est assise sur une base nouvelle : par les Novelles 118 et 127, l'Empereur supprime expressément la distinction des agnats et des cognats, pour ne reconnaître à tous les parents que ce dernier titre. Il établit trois ordres de succession : le premier pour les descendants, le second pour les ascendants, le troisième pour les collatéraux. Ses innovations ne sont pas moins remarquables en ce qui touche la fusion de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu*, dont nous allons nous occuper.

§ 1. — De la fusion des deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*.

Justinien fond ensemble les deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, et ne maintient que cette dernière, en lui conférant le caractère de bonne foi, afin qu'elle puisse cumuler les avantages de l'action *rei uxoriæ* avec ceux qui lui sont propres : *Earum communiones et differentias resecantes, et in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriæ jus concludentes* (1).

(1) C. 5 13. § 1. *De rei ux. act.*

Par suite de cette transformation, l'action *ex stipulatu* produit les effets qui suivent :

1° Avant Justinien, la restitution de la dot avait lieu dans deux cas : le prédécès du mari et le divorce. Ce Prince ajoute un cas nouveau : celui du prédécès de la femme. Sans distinguer comment s'est dissous le mariage, la femme ou ses héritiers peuvent demander la restitution de la dot, en vertu d'une stipulation tacite que l'Empereur sous-entend (1).

Toutefois la dot profectice fait retour à l'ascendant qui l'a constituée, s'il vit encore à l'époque du décès de sa fille, sans distinguer si celle-ci est ou non morte sous sa puissance, ainsi qu'on l'a vu à la section II du titre précédent : *parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus* (2). Quant à la dot adventice, elle ne revient au donateur qu'autant qu'il en a formellement stipulé la restitution (3).

2° Autrefois, lorsque la femme était en puissance, le père intentait l'action *rei uxoriæ, adjuncta filiæ persona;* mais il n'avait pas besoin de ce concours pour exercer l'action *ex stipulatu*. Dans l'intérêt du mariage, Justinien maintient l'usage suivi jadis pour l'action *rei uxoriæ* : il veut que l'ascendant demande et obtienne l'assentiment de sa fille (4).

3° L'édit *de alterutro* est aboli : la femme cumule les libéralités qu'elle a reçues du mari avec l'exercice de l'action *ex stipulatu ;* ce cumul est dans l'intention présumée de l'époux qui a testé en faveur de son épouse (5).

4° Le mari continue de jouir du bénéfice de compétence avec un avantage nouveau : il peut retenir sur

(1) *Ibid.* §§ 1 et 4. — (2) *Ibid.* § 13. — (3) § 13. — (4) § 14. — (5) § 3.

la valeur de ses biens ce qui lui est nécessaire pour vivre, *ne egeat* (1). Il est vrai que ce bénéfice accessoire ne lui sera d'aucune utilité, s'il a d'autres créanciers ; ceux-ci pourront, en effet, le poursuivre, sans aucun ménagement, pour le montant intégral de leurs créances, et ils profiteront, en réalité, de la déduction qu'il aura faite d'une somme alimentaire. Cette déduction ne lui sera avantageuse qu'autant qu'il n'aura point d'autres dettes. La logique eût demandé qu'on permît au mari, comme on le permettait au donateur, vis-à-vis du donataire, de déduire, avec une somme pour aliments, le montant de ce qu'il devait à d'autres qu'à la femme : *deducto ære alieno* (2). Par ce moyen, il eût effectivement conservé de quoi subvenir à ses besoins ; mais tous les interprètes reconnaissent que Justinien n'a point généralisé au profit du mari, sans doute par inadvertance, le privilége accordé au donateur d'opérer cette dernière déduction. Si, après avoir restitué la dot jusqu'à concurrence de ses facultés, il devient solvable, il ne pourra pas, ainsi qu'on l'a vu plus haut, se refuser au paiement du surplus : il doit même fournir caution à ce sujet (3).

5° L'ancienne différence entre les biens dotaux estimés et non estimés, est conservée. Les premiers sont aux risques du mari, les autres, aux risques de la femme.

Les délais pour la restitution de la dot sont changés. Les immeubles doivent être rendus immédiatement ; les meubles, corporels ou incorporels, dans l'espace d'une

(1) D, 50. 17. L. 173. *De reg. jur.* — (2) D. 42. 1. L. 16 et 19, *de re judi cata.* — (3) C. 5, 13, § 7. *De rei ux. act.*

année. Si le mari est en retard pour la restitution des objets mobiliers, il supportera les intérêts, à raison de trois pour cent, de la valeur à laquelle ils auront été estimés. Quant aux immeubles, il sera tenu de restituer tous les fruits perçus depuis la dissolution du mariage (1).

6° Les divers droits de rétention sont désormais abolis. Ainsi, le mari ne peut plus rien retenir *propter liberos*, même sur la dot profectice. Les rétentions *propter mores* sont remplacées par d'autres peines prévues par les constitutions. C'est ainsi que depuis Constantin la femme qui divorce sans motifs perd toute sa dot (2). Au lieu des rétentions *propter res donatas*, le mari a l'action *in rem* directe ou utile, et à la place des rétentions *propter res amotas*, l'action *rerum amotarum*. Les dépenses nécessaires diminuent la dot *ipso jure*, comme dans le Droit des Pandectes. Quant aux dépenses utiles, le mari intente l'action *mandati*, si elles ont été faites avec l'agrément de la femme et l'action *negotiorum gestorum*, lorsque son assentiment n'est point intervenu, mais que les dépenses ont néanmoins tourné à son profit. Les impenses voluptuaires ne donnent lieu qu'à un simple droit d'enlèvement (3).

On le voit, toutes les modifications introduites par Justinien dans l'action en restitution de la dot, ont pour but de favoriser la femme, d'augmenter ses garanties et ses droits. Il est regrettable que l'Empereur n'ait point conservé l'action *rei uxoriæ*, dont la dénomination est toute spéciale à la matière, et qu'il eût été facile de

(1) *Ibid.* § 7 — (2) C. Théod. L. I, *De repud.* — (3) C. § 5, *De rei ux. act.*

greffer des attributs de l'action *ex stipulatu* ; on eût évité par là d'enlever à cette dernière, pour le seul cas de dot, le caractère de droit strict qui lui est propre.

§ 2. — De l'hypothèque privilégiée accordée a la femme.

Avant Justinien, la femme jouissait, pour la garantie de sa dot, d'un privilége qui la rendait préférable aux créanciers chirographaires seulement. Pour assurer l'exécution des stipulations tacites qu'il suppose entre les époux, ce Prince accorde à la femme, sur les biens de son mari, une hypothèque qui n'est soumise à aucune condition de publicité (1). Bientôt l'Empereur va plus loin encore : par la célèbre loi *assiduis* (2), il veut que la femme soit préférée à tous autres créanciers, même à ceux dont l'hypothèque date d'une époque antérieure au mariage. C'est là une de ces faveurs exorbitantes qui ont valu à Justinien le surnom d'*uxorius legislator*. Mais ce privilége, désastreux pour le crédit du mari, doit être limité au cas où la femme agit elle-même (3). Toutefois, lorsque le père a été marié deux fois, l'Empereur préfère les enfants de la première épouse à la seconde, et, partant, aux autres créanciers du mari. Vinnius soutient même que cette décision doit être généralisée, et qu'il faut accorder aux enfants dont le père n'est point remarié le même privilége qu'à leur mère. Nous pensons, au contraire, que la défaveur des secondes noces et l'intérêt des enfants du premier lit ont seuls dicté cette disposition spéciale ; ainsi, en tout

(1) C. 5. 13. § 1. *de rei ux. act.* — (2) C. 8. 18. L. 12., *qui potiores in pignore habeantur.* — (3) Nov. 91.

autre cas, les créanciers, s'ils ne sont pas déjà primés par l'hypothèque d'une seconde femme vivante, ne le seront point par les héritiers quels qu'ils soient de la femme prédécédée : ceux-ci ne jouiront que de l'hypothèque ordinaire, prenant rang à partir du jour du mariage.

§ 3. — De l'inaliénabilité du fonds dotal.

Justinien maintient et étend les dispositions de la loi *Julia ;* il défend d'aliéner les fonds italiques et les fonds provinciaux, et de les hypothéquer même avec le consentement de la femme (1). Si, contrairement à la prohibition, l'aliénation avait lieu, la nullité n'existerait qu'à l'égard de la femme ou de ses héritiers, lorsqu'ils voudraient se faire restituer l'immeuble. — La défense de la loi *Julia* ne s'est jamais appliquée aux meubles restés toujours aliénables : les commentateurs sont d'accord sur ce point. Le livre célèbre sous le nom de *Petri exceptiones legum romanarum*, dont M. de Savigny a donné une nouvelle édition à la fin de son *Histoire du Droit Romain au moyen-âge*, et qui a été composé vers le milieu du XIe siècle, porte au titre *de dote : Dos, si mobilis sit, à marito alienari potest.*

§ 4. — des effets de la donation a cause de noces. — avantages concédés a la femme par justinien.

Depuis Constantin, il s'était introduit dans la jurisprudence une institution qui prit un grand développement

(1) C. 5. 13, § 13, *de rei ux. act.*

sous Justinien : *la donation à cause de noces*, que ce dernier prince permit d'augmenter et même de constituer pendant le mariage. Le but de cette donation était d'assurer à la femme une indemnité en cas de répudiation. Les mêmes causes, en effet, qui faisaient gagner tout ou partie de la dot au mari, faisaient gagner à la femme tout ou partie de la donation anté-nuptiale. Le mari perdait la *donatio propter nuptias*, non-seulement lorsqu'il répudiait son épouse sans motifs, mais encore lorsqu'il lui donnait par un *grave crimen* une cause légitime de divorcer. Les princes chrétiens élevèrent les peines du divorce, afin de l'empêcher indirectement (1).

Par sa novelle 22, chap. 18, Justinien améliore encore la condition de la femme répudiée sans cause. Il dispose que s'il ne lui a pas été fait de *donatio propter nuptias*, elle gagnera un quart de la fortune du mari, sans pouvoir obtenir pourtant plus de 100 livres d'or. Il ne faut pas que le mari, parce qu'il n'aura point fait de *donatio propter nuptias* à sa femme, se trouve libre de la chasser impunément *(ut non ob hoc vir domo expellat uxorem.)*

Postérieurement, par ses novelles 53, chap. 6, et 117, chap. 5, Justinien accorde à la femme pauvre et non dotée, qui survit à son mari, le quart en propriété des biens de celui-ci s'il n'y a pas d'enfants, le quart en usufruit seulement des mêmes biens s'il y a des enfants, et une portion virile, également en usufruit, si leur nombre dépasse trois. C'est ce quart qui, dans nos pays de Droit écrit, fut appelé la *quarte pauvre*.

(1) *Revue de Législation*, t. XIX, p. 473.

Ces divers droits forment l'apogée des avantages concédés à la femme par Justinien. Nous avons dû les mentionner dans cette esquisse bien imparfaite de l'action en restitution de la dot et des phases nombreuses qu'elle a subies. Le temps, cette pierre de touche des institutions humaines, a respecté les principes si savamment formulés par les législateurs de Rome et de Byzance. Naturalisé par la sagesse de nos pères, le régime dotal que certains auteurs, exagérant ses côtés défectueux, trouvent aujourd'hui plaisant de décrier, abrite encore à l'ombre de ses règles tutélaires, les intérêts les plus respectables des familles, dont il assure la prospérité et l'avenir. Son usage fréquent, la grande faveur dont il jouit dans ce vieux pays des Gaules tout peuplé de souvenirs romains et les questions délicates qu'il soulève, le rendent l'objet des constantes méditations du Praticien et du Jurisconsulte.

DROIT FRANÇAIS,

THÉORIE

DE LA SUBROGATION.

INTRODUCTION.

Dans un sens général, *subroger*, c'est remplacer une chose par une autre chose, ou une personne par une autre personne.

La *subrogation réelle* a lieu lorsque, par l'effet d'une disposition de la loi, un objet mis à la place d'un autre, est réputé de même nature et qualité : *subrogatum sapit naturam subrogati*. On trouve des exemples de cette espèce de subrogation dans les articles 132, 747, 1066, 1069, 1407, 1434, 1435, 1553 et 1559 du Code Napoléon.

La *subrogation personnelle* consiste dans la substitution d'une personne à une autre. A ce point de vue général, elle comprend la cession, l'échange, les successions, les donations et les legs. Dans un sens plus restreint et plus usuel, elle se lie intimement à l'idée du paiement que fait un tiers dans le but d'opérer la libération du débiteur. On conçoit que celui qui

est étranger à la dette hésitera moins à faire l'avance de ses capitaux si, en dehors des actions de mandat, de gestion d'affaires ou de prêt, il peut invoquer les garanties et les prérogatives de la créance originaire : or, l'effet de la subrogation est précisément de le mettre au lieu et place du créancier par lui désintéressé et de l'investir de ses droits, actions, priviléges, hypothèques, cautionnements. Les quatre articles du Code Napoléon, relatifs à cette matière, sont placés sous cette rubrique : *Du paiement avec subrogation.* (Art. 1249 à 1252).

Ainsi envisagée, la subrogation est d'un usage très-fréquent. Il n'est point d'institution plus équitable dans ses causes, plus féconde dans ses résultats pratiques. Elle fournit un puissant moyen de crédit aux débiteurs qui peuvent remplacer, à de meilleures conditions, des créanciers rigoureux par des créanciers plus favorables; elle facilite les transactions, donne une impulsion nouvelle au mouvement des capitaux et encourage l'intervention des cautions, sans laquelle la réalisation d'un grand nombre d'affaires avorterait ; elle diminue les frais de procédure, abrège les liquidations entre les créanciers d'un même débiteur, et, avantageuse à tous, elle ne saurait nuire à personne, pourvu qu'on l'emploie avec prudence et discernement.

Son utilité pour la propriété foncière est incontestable. Le décret du 28 février 1852 sur l'établissement des sociétés de crédit foncier, création vraiment nationale et populaire, a sanctionné le contrat de subrogation à l'hypothèque légale de la femme, en ratifiant, dans son article 20, la dénomination, un peu vicieuse d'ailleurs, que la pratique lui avait donnée. Cette subrogation *sui*

generis n'est, à vrai dire, qu'une cession d'*antériorité* d'hypothèque, un abandon éventuel par la femme de la totalité ou de partie de ses droits hypothécaires, sous la condition qu'elle en restera nantie et qu'elle pourra les exercer elle-même, si le créancier n'en use pas. Cette convention est devenue d'un usage général; il n'en sera point traité dans cette dissertation.

Etudier les origines historiques, la nature et les effets de la subrogation personnelle, ainsi que les causes qui la produisent, tel est le but qu'on s'est proposé dans ce travail.

TITRE Ier

APERÇUS HISTORIQUES SUR LA SUBROGATION.

I. *Droit Romain.*

A ne considérer que la subtilité du Droit, une créance constituant un rapport entre deux personnes déterminées, n'est point susceptible de cession : *adhœret personæ tanquam caro ossibus ;* si l'une des parties contractantes est changée, le *vinculum juris* se trouve anéanti. Le Droit Romain primitif, trop formaliste pour ne pas appliquer ce principe dans toute sa rigueur, n'admettait pas le transfert des créances. Mais bientôt les nécessités sociales l'emportèrent sur les exigences d'une théorie abstraite. La législation allait s'épurant avec les mœurs, s'élargissant avec les progrès et les conquêtes de la civilisation; comment eût-elle pu rester immobile au milieu du mouvement général qui ouvrait de nouvelles voies

au commerce et au crédit ? Le premier moyen employé pour le transport des créances fut la novation ; il suffisait, pour l'opérer, que le débiteur promît au cessionnaire, sur la délégation du créancier, ce qu'il devait à ce dernier. Mais le refus du débiteur de concourir à l'acte, était un obstacle invincible à la cession (1). Lorsque la possibilité de plaider par procureur eût été admise (c'est encore là une lente conquête de l'équité), les jurisconsultes tirèrent de cette faculté un nouveau moyen de transporter à autrui le profit d'une obligation : ce fut de donner mandat au cessionnaire de poursuivre le débiteur. Le mandant restait, en principe, investi de la créance ; son nom figurait seul dans l'*intentio* de la formule, mais la *condemnatio* indiquait au juge que la sentence devait être prononcée au bénéfice du mandataire qui, pour ce motif, prenait le nom de *procurator in rem suam* (2). Plus tard, les constitutions impériales lui donnèrent les actions comme lui appartenant à lui-même sous la qualification d'actions utiles. Telle était la *cessio* ou *vinditio nominis*.

Une obligation est éteinte avec tous ses accessoires par le paiement : *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur*. Mais lorsque le paiement n'émane point du débiteur, la raison et l'équité veulent que celui qui se trouve forcé de payer à sa place succède aux droits du créancier. A l'aide d'une de ces fictions si familières aux jurisconsultes romains, on parvint à réaliser cette substitution par le moyen même qui servait au transport des créances. Ainsi, lorsqu'un fidéjusseur désintéressait le créancier, il pouvait exiger que ce dernier lui cédât ses

(1) Gaïus, II, 38, 39. — (2) Gaïus, IV, 86.

actions, le constituât *procurator in rem suam :* c'est ce qu'on appelait l'exception *cedendarum actionum*. Le fidéjusseur était censé avoir plutôt acheté la créance qu'effectué le paiement : *magis emisse nomen quam solvisse intelligitur*. Il pouvait refuser le paiement tant que la cession des actions ne lui était point accordée, ou recourir à l'autorité du juge pour la faire ordonner d'office, malgré le créancier (1).

La substitution aux droits du créancier était souvent consentie par le débiteur lui-même, au profit du tiers qui la stipulait en lui fournissant les fonds nécessaires à l'acquittement de sa dette : *ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat*. Cette stipulation n'était valable qu'autant que les deniers étaient effectivement comptés au créancier : *Ut pecunia ad primum creditorem pervenisset* (2). — La cession qui émane du créancier diffère de celle qui est accordée par le débiteur, en ce que la première a pour effet de transmettre la créance elle-même avec toutes ses prérogatives, tandis que la seconde n'empêche pas l'extinction de la créance, dont les priviléges et les hypothèques sont seulement conservés pour être greffés sur l'obligation résultant du prêt.

On sait qu'à Rome, lorsque plusieurs hypothèques concouraient sur le même objet, le droit de faire vendre en justice le gage commun appartenait exclusivement au créancier le plus ancien. S'il restait dans l'inaction, le droit des autres se trouvait paralysé. Pour obvier à ce grave inconvénient, le créancier postérieur en date fut autorisé à poursuivre lui-même la vente, à la condition de

(1) D. 46. 1. L. 36, *de fidejussoribus*, et D. 33, 8. L. 23, *de peculio legato*. — (2) D. 20. 4. L. 12, *qui potiores in pignore*.

désintéresser complétement le créancier antérieur, dont il acquérait les droits par l'effet du paiement. Ce dernier pouvait, de son côté, empêcher l'aliénation, s'il la jugeait inopportune, en payant les créanciers qui avaient un rang inférieur au sien. Telle fut l'origine du *jus offerendi* (1).

Lorsque l'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque désintéressait le créancier, était-il substitué aux droits de ce dernier ? Les textes relatifs à cette matière sont très-obscurs : la question nous paraît devoir être résolue par une distinction. Si l'acte de vente portait que le prix de l'acquisition devait être employé à payer le créancier hypothécaire, l'acheteur succédait à ses droits. Si l'acte de vente ne contenait pas cette clause, la transmission des garanties hypothécaires n'avait lieu qu'autant qu'elle avait été requise ou prononcée d'office par le juge (2). On comprend, toutefois, que le gage des autres créanciers était amélioré par le paiement : *meliorem fecit in eo fundo cœterorum creditorum pignoris causam.* On permettait, en conséquence, à l'acquéreur, même en l'absence de toute stipulation, de conserver, *per exceptionem doli*, la possession de la chose hypothéquée, et de retenir, à l'encontre des autres créanciers, le montant de ce qu'il avait payé : *Dolo enim facient si velint cum ejus damno locupletari.* Cette explication, que nous empruntons à Pothier, était aussi celle de Dumoulin, de Loyseau et du président Fabre ; mais elle ne prévalut pas dans notre ancienne jurisprudence, ainsi qu'on le verra plus loin.

(1) D. L. 11, § 4, et C. L. 1, 5 et 8, *qui potior in pig.*

(2) D. L. 17 et 19, *qui post in pign* ; et C. 8. 29. L. 3, *de his qui in prior. loc. succed.*

C'est dans les diverses dispositions qu'on vient de rappeler que se trouve le germe des règles de notre Droit sur la subrogation. Ce mot n'était point employé par les jurisconsultes romains pour indiquer la substitution d'une personne à une autre, ils disaient : *Beneficium cedendarum actionum, in locum priorum creditorum successio.*

II. — *Ancien Droit Français.*

Notre ancienne jurisprudence maintint tous les cas de subrogation établis par la loi romaine et en créa de nouveaux. Le mot *subrogation* apparut alors pour la première fois dans la langue du Droit. « Le verbe *subrogare*, dit Renusson (1), se trouve dans le droit canon où on lui donne en matière bénéficiale le sens approchant de celui que nous lui donnons en matière civile touchant les hypothèques et priviléges, pour signifier qu'une personne a succédé aux droits d'une autre et qu'elle est entrée en son lieu et place.... Et même autrefois en France ceux qui se faisaient pourvoir de bénéfices litigieux et qui voulaient entrer aux droits d'un des contendants, n'obtenaient pas seulement des provisions de bénéfices par mort ou par démission, mais ils obtenaient des lettres royaux de la Chancellerie du palais, qu'on appelait lettres de subrogation. »

L'ancien Droit accepta les idées romaines relativement au bénéfice de cession d'actions. Le fidéjusseur, et en général tous ceux qui étaient tenus avec ou pour d'autres, pouvaient requérir la subrogation comme condi-

(1) *Traité de la subrogation*, ch. 1, nº 8.

tion du paiement qu'on exigeait d'eux, et en cas de refus, la faire prononcer par la justice. Mais la demande devait être adressée sous peine de déchéance, au moment du paiement ; faite après coup, elle était nulle, le créancier ne pouvant pas transmettre une obligation étein.e (1). Cette règle souffrait exception en faveur des *mandatores pecuniæ credendæ*, car le paiement effectué par le *mandator*, *ex causa mandati*, n'éteignait pas l'obligation de l'emprunteur *ex causa mutui* : la cession pouvait donc s'opérer *ex intervallo*. — Du temps de Pothier, la subrogation avait lieu par cela seul qu'elle avait été requise ; le consentement du créancier ou de la justice n'était plus nécessaire ; la loi suppléait dans ce cas à leur silence. Dumoulin, dans les leçons solennelles qu'il fit à Dôle, alla même plus loin. Se fondant sur une interprétation erronée de la loi 1, § 13, D. *de tutelis et rationibus distrahendis*, il prétendit que la subrogation s'opérait *ipso jure*, sans qu'il fût besoin d'aucune réquisition de la part du fidéjusseur. Cette opinion n'était qu'un brillant paradoxe qui fut victorieusement réfuté par Renusson et Pothier et repoussé par tous les docteurs. Mais si le système de Dumoulin était contraire aux textes du droit romain alors en vigueur, il était excellent par sa simplicité et son utilité pratique, et cette considération devait, plus tard, lui assurer la victoire.

La subrogation établie au profit du prêteur qui fournit les deniers pour désintéresser le créancier, rencontra une vive résistance parmi les partisans de la routine, les ennemis des idées économiques, les remorqueurs

(1) D. 46. 3. L. 76 *de solut.* et L. 39 *de fidej.*

des théories surannées et des vieilles maximes. Ils soutenaient que le débiteur ne peut pas, au détriment de ses autres créanciers, conférer un droit qui ne lui appartient point : *nemo dat quod non habet*. Dumoulin et Loyseau protestèrent contre cette doctrine qui sacrifiait l'intérêt public à une formule ! « Il s'est trouvé des formalistes, dit Loyseau, qui n'ont pu comprendre que l'action pût passer d'une personne en une autre, sans transport de celui auquel elle réside et appartient, bien que cela soit décidé formellement par les lois, tenu de tous les interprètes, extrêmement utile en commerce, et reçu tout communément en la pratique ancienne (1).» Henri IV triompha de ces scrupules juridiques par son édit du mois de mai 1609. Déjà, par un édit de 1601, ce Prince avait réduit au denier seize le taux des rentes qui étaient sous Charles IX au denier douze. C'est pour favoriser le rachat des anciennes rentes, que Henri IV accorda à ceux qui prêteraient aux débiteurs les fonds nécessaires à leur libération, la subrogation *aux droits, hypothèques, noms, raisons et actions des anciens créanciers*. Les jurisconsultes contraires à cette nouvelle législation ne se tinrent pas pour battus ; ils prétendirent que les dispositions de l'édit de 1609 ne s'appliquaient qu'aux débiteurs de rentes constituées ; mais un arrêt de réglement du Parlement de Paris, du 6 juillet 1690, appelé l'*arrêté des subrogations*, fit cesser les doutes à cet égard, en déclarant que les dispositions de l'édit étaient générales ; il détermina en même-temps les conditions et les formalités nécessaires pour acquérir cette espèce de subrogation.

(1) *Des offices*, liv. 3, chap., 8, nº 73.

La subrogation s'opérant de plein droit au profit du créancier hypothécaire qui désintéresse un autre créancier, soit plus ancien, soit plus récent que lui, passa des lois Romaines dans la jurisprudence française. Le *jus offerendi* n'eut plus pour objet, il est vrai, de rendre possible l'aliénation de l'immeuble grevé d'hypothèques, car, en France, tout créancier ayant un titre exécutoire, pouvait faire saisir et vendre la chose hypothéquée ; mais il était avantageux en ce sens qu'il permettait de diminuer les frais de procédure et les contestations qui augmentent nécessairement avec le nombre des créanciers. D'après Poullain du Parc, la coutume de Bretagne accordait le bénéfice de la subrogation légale au créancier chirographaire qui payait un créancier hypothécaire ; mais cette jurisprudence, contraire à l'avis de Dumoulin, de Renusson et de Pothier, n'était suivie ni dans les autres coutumes, ni dans les pays de Droit écrit.

Cujas, Renusson, Argou, Lacombe, Prévost de la Janès soutenaient que la subrogation était acquise de plein droit à l'acheteur qui désintéressait les créanciers hypothécaires de son vendeur ; mais ils ajoutaient que cette subrogation avait son effet limité sur l'immeuble acquis. On a vu plus haut la distinction que faisait à cet égard Pothier, dont la doctrine nous a paru plus conforme aux textes du Droit Romain. Selon cet illustre interprète, la subrogation qui avait été stipulée comme condition du paiement, produisait un effet général, s'étendant à tous les biens hypothéqués à la même dette. La jurisprudence suivait l'opinion de Renusson (1).

(1) Renusson, chap. 5, nos 14 et suiv. ; Loyseau, *Du Déguerpissement*, livr. 2, chap. 8 ; Pothier, *C. d'Orléans*, no 73 et *Obligat.*, no 558.

Dans le dernier état du Droit, Pothier reconnaissait quatre cas de subrogation :

Celle qui avait lieu en vertu de la loi seule ;

Celle qui résultait de la réquisition adressée au créancier ;

Celle qui émanait de la convention faite avec ce dernier ;

Et enfin, celle qui était la conséquence de la convention faite avec le débiteur (1).

III. — *Code Napoléon.*

Le législateur de 1804 a conservé la division de Pothier ; seulement, il a suivi l'opinion plus équitable de Dumoulin et accordé la subrogation de plein droit dans les cas où elle n'avait lieu jadis qu'en vertu de la réquisition adressée au créancier. Il distingue, en conséquence, deux espèces de subrogations : l'une, résultant de la convention ; l'autre, dérivant de la loi (art. 1249.)

TITRE II.

DE LA NATURE ET DES EFFETS GÉNÉRAUX DE LA SUBROGATION.

La subrogation souleva dans l'ancien Droit de vives discussions. Quels sont sa nature et ses effets ? Transmet-elle au subrogé la créance originaire, ou seulement les accessoires de cette créance ? Doit-elle se confondre avec la cession-transport ? Faut-il distinguer entre les

(1) Pothier, *loc. cit.*, nº 69.

divers cas de subrogation? Telles étaient les questions agitées et diversement résolues. Vainement les auteurs les plus éminents, Cujas, Dumoulin, Loyseau, Renusson, Domat, Pothier, apportèrent-ils dans la lutte le brillant concours de leur savoir et de leur génie; vainement les rois par leurs édits, les parlements par leurs arrêts de réglement, la jurisprudence par ses décisions, s'efforcèrent-ils d'éclaircir une matière hérissée de tant de difficultés : on ne parvint pas à s'entendre et la controverse continua.

Il semblait que le Code Napoléon devait mettre un terme à ce débat; mais, depuis sa promulgation, la lutte a recommencé plus animée que jamais. Les questions autrefois agitées divisent encore et la doctrine et la jurisprudence. La cause de cette divergence se trouve, d'une part, dans les difficultés inhérentes à la matière; de l'autre, dans l'extrême concision de la loi et dans le silence presque complet des travaux préparatoires du Code sur un sujet si digne pourtant d'éveiller l'attention du législateur.

Selon certains auteurs (1), la subrogation consentie par le créancier est une véritable vente de la créance et ne diffère en rien de la cession-transport. Quant à la subrogation émanant de la volonté du débiteur ou de la loi, on distingue : les uns pensent que la créance primitive est éteinte, mais que le nouveau créancier reçoit un droit semblable et tout aussi fort, *jus simile et æquepotens*, suivant une expression de Dumoulin (2); d'autres soutiennent que le subrogé ne reçoit que les

(1) Toullier, VII, 97 et suiv.; M. Duvergier, *Vente*, *II*, 229; MM. Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'Enregistr.*, nos 1246 et suiv.; M. Duranton, XII, no 121. — (2) Toullier, M. Duvergier, *Ibid.*

accessoires de la créance originaire qu'ils déclarent éteinte (1).

Dans un second système, on rejette toutes les distinctions précédentes : la subrogation, soit légale, soit conventionnelle a, dit-on, pour unique effet d'attribuer à la créance née du paiement fait en l'acquit du débiteur, les prérogatives de la créance du subrogeant (2). M. Troplong trouve ce système *vrai dans certains cas et faux dans sa généralité :* « Il arrive souvent, dit-il, que le subrogé est investi non-seulement du privilége et de l'hypothèque du créancier primitif, mais encore de la créance elle-même (3). »

Enfin, un troisième système que nous avons recueilli dans l'enseignement de l'Ecole et qu'on trouve consigné dans quelques ouvrages récents, définit la subrogation : une fiction par laquelle le créancier est censé céder sa créance à celui de qui il reçoit son dû ; mais cette *cession fictive* diffère essentiellement de la cession ordinaire. Telle était l'opinion de Pothier (4). Ce sera celle que nous suivrons.

Premier système : *Il faut distinguer entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale; la première se confond avec la cession transport.*

Ce système, bien que soutenu par de graves autorités, nous paraît devoir être rejeté.

Et d'abord, où trouve-t-on la distinction qu'on établit entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale ? J'ouvre le Code et je lis dans l'article 1249 :

(1) MM Championnière et Rigaud, *Ibid.* — (2) Merlin, *Questions de Droit, subrogation*, § 1 ; Favard de Langlade, *Rép. eod. verbo*, § 1 ; M. Bugnet, *sur Pothier, et à son cours;* M. Marcadé, art. 1236. — (3) *Privil. et hyp.*, 349. — (4) Pothier, *C. d'Orléans, introd. au tit.* 20 ; M. Mourlon, *De la Subrog.*, §.

« La subrogation dans *les droits du créancier* est *conventionnelle* ou *légale*.» Les articles 874 et 2029 du C. Nap., 159 C. Comm., parlent également de la subrogation *dans les droits du créancier*. Ces derniers mots auront-ils un sens différent selon qu'il s'agira de l'une ou de l'autre subrogation ? L'article 1252 suffit pour écarter cette supposition toute gratuite ; il est ainsi conçu : « La subrogation établie *par les articles précédents* a lieu tant contre les cautions que contre le débiteur. » Que veut-on de plus explicite ? Ne résulte-t-il pas évidemment de ces divers textes que la subrogation *multiple* dans ses causes est *une* dans ses effets? Où serait d'ailleurs le motif de la distinction ? Le principe de la subrogation n'est-il pas le même dans tous les cas, c'est-à-dire un bon office rendu, dont il est juste que le tiers obligeant ne soit pas victime ? On comprend que des distinctions aient été faites dans l'ancienne jurisprudence, livrée sans boussole à tout l'arbitraire des interprétations des lois romaines, aux rédactions souvent opposées des coutumes ; mais il ne saurait en être de même aujourd'hui que nous jouissons du bienfait d'une législation uniforme. Il n'est point permis de distinguer là où la loi ne distingue pas : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Il n'est pas moins étrange de soutenir, comme le font Toullier et M. Duvergier, que la subrogation consentie par le débiteur ne transmet pas au subrogé les droits du créancier primitif, mais des droits semblables, *jus simile et æquepotens*. Pour ruiner cette doctrine, il suffit, à notre sens, de lire l'article 1250 2°, où il est dit : «.... Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur *dans les droits du créancier*. » Donc, ce ne sont pas des droits semblables !

Mais l'erreur capitale du système que nous combattons, c'est, à notre avis, l'assimilation qu'il établit entre la subrogation et la cession. Quoi ! pas la moindre différence ? S'il en est ainsi, pourquoi donner deux noms distincts à ces deux opérations juridiques ? Pourquoi en traiter dans deux titres différents ? Est-ce un piège tendu à la bonne foi du lecteur ? Il y a plus : s'il est vrai, comme nous croyons l'avoir démontré, que la subrogation produit dans tous les cas les mêmes effets, il faudra donc admettre aussi que la subrogation légale et la subrogation consentie par le débiteur se confondent avec le transport des créances. Or, Toullier, MM. Duranton, Duvergier et les savants auteurs du *Traité des droits d'enregistrement*, reculent devant cette conséquence logique de leur système : n'est-ce pas une preuve de sa fausseté ?

Des différences essentielles séparent la subrogation de la cession. Indiquons les principales; elles achèveront de réfuter l'opinion de ces jurisconsultes.

La cession est toujours l'œuvre du créancier ; la subrogation peut émaner de la volonté du débiteur ou de la loi, et partant s'opérer sans le consentement du créancier et même malgré lui : *Etiam invito creditore*.

« La subrogation conventionnelle, dit Bigot de Préameneu (1), diffère du contrat de transport de la créance. Le transport est une aliénation qui de droit emporte la *garantie* à laquelle le créancier est obligé (art. 1693); par le paiement avec subrogation, toute obligation est éteinte vis-à-vis du créancier ; et, conséquemment, il *n'en contracte aucune* vis-à-vis du subrogé. » Tel est aussi

(1) Fenet, p. 268 ; Pothier, *introd. au tit. 20 de la C. d'Orléans.*

l'avis de Pothier. Le subrogé qui a indûment payé ne peut agir que par la *condictio indebiti* (art. 1377). Il importe de distinguer la *condictio indebiti* de l'action en garantie : la première oblige le subrogeant à rendre seulement ce dont il s'est enrichi, *quatenus locupletior factus est;* tandis que la seconde met à la charge du cédant, outre ce qu'il a indûment perçu, les frais et loyaux coûts du contrat, ainsi que ceux qui ont été exposés par le cessionnaire contre le prétendu débiteur cédé.

La subrogation consentie par le créancier doit être faite en même temps que le paiement (art. 1250) ; faite après coup, elle serait nulle ; car l'obligation est éteinte dans les rapports du subrogeant et du subrogé. La cession laisse subsister la créance, même à l'égard du créancier, dont le cessionnaire n'est que le *procurator in rem suam*. Qu'importe dès-lors l'époque du paiement du prix de vente? Il peut précéder ou suivre la cession.

Le subrogé est primé par le subrogeant qui n'a reçu qu'un paiement partiel, car *nemo contra se subrogasse censetur* (art. 1252). Le cédant, au contraire, qui n'a transporté qu'une partie de la créance, vient en concours avec le cessionnaire sur les biens de leur débiteur commun : il ne saurait invoquer la disposition tout à fait exceptionnelle de l'art. 1252.

Le cessionnaire est un spéculateur avide qui fait un négoce et aspire à réaliser un bénéfice. C'est là pour lui l'objet principal du contrat. Pour un prix d'achat souvent minime, il acquiert le droit d'exiger la prestation complète de ce qui est dû au cédant. — Au contraire, le tiers qui paie avec subrogation ne spécule point. Rendre un bon office, libérer le débiteur, résoudre le contrat entre celui-ci et le créancier, tel est son but ;

la subrogation n'est qu'un accessoire du paiement, un auxiliaire et une garantie des actions *mandati*, *negotiorum gestorum* ou *mutui* qui en résultent : *est potius distractus*, dit Renusson, *quam contractus*. Le subrogé ne peut, par conséquent, rien obtenir au-delà de ses déboursés.

La subrogation n'est point soumise, comme la cession, à la nécessité de la signification au débiteur ou de l'acceptation de ce dernier dans un acte authentique (Art. 1690).

La capacité d'aliéner n'est point exigée, comme en matière de transport, pour recevoir le paiement avec subrogation; ainsi, le créancier solidaire qui ne pourrait pas faire remise entière de la dette, peut subroger le tiers qui le paie, parce qu'il a la capacité de donner bonne et valable quittance (Art. 1198).

Enfin, le tuteur qui n'est point autorisé à accepter la cession d'un droit ou d'une créance contre son pupille (Art. 450), peut stipuler la subrogation en faisant un paiement pour le compte de ce dernier En effet, si l'achat de la créance indique chez le cessionnaire un esprit de lucre dont on redoute les effets contre le mineur, il n'en saurait être ainsi de la subrogation qui n'est jamais une occasion de gain pour le subrogé et dont les résultats sont toujours avantageux pour le débiteur; pourquoi dès-lors la prohiber ?

On a dû insister sur ces différences, à raison de la grande autorité des jurisconsultes, qui confondent la subrogation consentie par le créancier avec la cession-transport. Leur doctrine qui a triomphé en matière d'enregistrement, se trouve reproduite dans deux arrêts, l'un de la Cour de Cassation, l'autre de la Cour de Montpellier, rendu sous la présidence d'un magistrat émi-

nent, M. Viger. Ces deux cours déclarent qu'il ne saurait y avoir aucune différence entre la cession et la subrogation, même au point de vue de la garantie : Pothier et Bigot de Préameneu ont réfuté d'avance cette opinion. Il est à remarquer toutefois que dans l'espèce qui a donné lieu à cette décision, la prétendue créance remboursée par le subrogé n'existait pas, puisqu'elle reposait sur un titre faux ; le subrogeant était donc tenu de restituer ce qu'il avait indûment reçu, et ces arrêts ont, au fond, bien jugé : leurs motifs seuls nous semblent erronés. Au lieu d'invoquer la garantie, il auraient dû s'appuyer sur la *condictio indebiti* : on a vu plus haut l'intérêt qu'il y a à distinguer ces deux actions. Ce n'était pas, en effet, l'article 1693, mais bien les articles 1235 et 1377 du Code Napoléon qui avaient été violés par la Cour d'Aix, appelée la première à se prononcer dans l'affaire (1).

Concluons donc : 1° Que la subrogation conventionnelle et la subrogation légale produisent l'une et l'autre les mêmes effets ; 2° Que celle qui émane du créancier ne saurait se confondre avec la cession-transport.

Le cercle de la discussion se resserre : deux systèmes seulement sont désormais en présence ; nous allons les exposer :

Deuxième système : *La subrogation est l'attribution des accessoires de la créance originaire qui est éteinte, à la créance née du paiement fait dans l'intérêt du débiteur.*

« La cession, dit Merlin, transfère la dette elle-même ; la subrogation en transfère seulement quelques prérogatives. »

(1) Cassation, 4 février 1846 ; Montpellier, 15 déc. 1847.

A l'appui de ce système on raisonne ainsi : Le paiement a pour effet d'éteindre la dette, et par suite l'action du créancier qui le reçoit. — Si l'on admettait, dit M. Marcadé, que la subrogation fait continuer l'obligation en transportant la créance toujours identique à elle-même d'un créancier à un autre, il s'ensuivrait que les mots *paiement avec subrogation*, qui se trouvent si fréquemment dans la loi, signifieraient *extinction avec continuation*, *anéantissement avec maintien*, et ne formuleraient dès-lors *qu'une absurdité*. Une preuve, ajoute-t-on, que la loi considère le paiement avec subrogation comme une opération extinctive de la créance, c'est qu'elle le place au chapitre de l'*extinction des obligations*, sous la rubrique *du paiement*. Il est un cas, d'ailleurs, où la transmission de la créance est impossible, c'est lorsqu'elle émane du débiteur : comment celui-ci pourrait-il transmettre ce qui ne lui appartient point ? *Nemo plus juris tranferre potest quam ipse habet*. C'est par une fiction que la loi conserve les accessoires de la créance originaire pour la garantie de la créance du subrogé, comme cela avait lieu, en droit romain, d'après la loi 12 *qui potiores*, et comme cela peut arriver dans notre Droit, aux termes de l'article 1278 du Code Napoléon. Les prérogatives de la créance originaire viennent se greffer sur l'action de mandat, de gestion d'affaires ou de prêt; mais là s'arrête la fiction de la loi.

Tel est le système que M. Troplong trouve vrai *quelquefois* et faux dans sa *généralité*. La distinction que fait l'éminent magistrat est inadmissible. L'opinion de Merlin et autres doit être acceptée ou rejetée dans son entier.

Selon nous, elle doit être rejetée. Dire que l'ancienne

créance est éteinte et que, conséquemment, elle ne saurait passer au subrogé, c'est faire une véritable pétition de principe, car c'est là précisément ce qui est en question. Comment, d'ailleurs, serait-il *absurde* que la fiction de la loi transmît au subrogé la créance originaire, puisqu'elle lui en transmet les prérogatives ? Le paiement n'a-t-il point pour effet d'éteindre avec la dette les accessoires qui la garantissent (art. 2180)? En résulte-t-il que la transmission de ces accessoires par le moyen de la subrogation, signifie *extinction avec continuation*, *anéantissement avec maintien?* Si la loi traite de la subrogation à la section *du paiement*, c'est que vis-à-vis du créancier la dette est définitivement éteinte ; elle n'est conservée fictivement que dans les rapports du subrogé avec le débiteur. C'est pour n'avoir pas aperçu ce double côté de la subrogation que M. Marcadé ne voit qu'*absurdité* dans le système qu'il combat. Ce système, conforme à la loi 36 *de fidejussoribus*, n'est point contredit par l'art. 1278, qui suppose l'ancienne créance éteinte par la novation, car rien de semblable n'est dit à propos de la subrogation. Celle-ci est de plein droit opposable aux cautions ; il en est autrement de la novation (art. 1281). Cette différence est remarquable et fournit un puissant argument contre le système qui nous occupe : en effet, la loi, toujours favorable aux cautions, les déclare libérées lorsque la dette est éteinte ; si sa décision est autre dans le cas de subrogation, c'est que la créance est conservée. Qu'on ne dise pas que cette créance ne saurait être transmise par le débiteur dans l'hypothèse de l'art. 1250-2°. Cette objection ne prouve rien parce qu'elle prouve trop. En effet, s'il est vrai que le débiteur ne peut pas céder le droit de son créancier, il est évident

qu'il ne peut pas transmettre davantage les accessoires qui en font partie, et cependant on reconnaît que ces accessoires passent incontestablement au subrogé! Pourquoi s'étonner dès lors que la fiction de la loi, qui est souveraine, lui transmette aussi la créance? Cette vérité apparaîtra plus clairement dans l'examen et la justification du troisième système.

Troisième système : *La subrogation est une cession fictive de la créance originaire dans les rapports du subrogé avec le débiteur.*

Ce système était celui de Pothier, guide habituel des rédacteurs du Code : « Le paiement, dit-il, quoique fait avec subrogation, est un vrai paiement, et ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé est censé avoir plutôt acheté de lui la créance que l'avoir payée : *Magis emisse nomen quam solvisse intelligitur :* laquelle fiction ne doit profiter qu'à lui! Il peut exercer la créance comme aurait pu faire le créancier, duquel il est censé être le *procurator in rem suam* (1) ».

« La subrogation, dit Renusson, fait entrer le subrogé au lieu et place du créancier, et fait passer la *dette* du créancier en la personne du subrogé, avec tous ses accessoires (2). »

« La subrogation, selon Domat, est le changement qui met une personne au lieu du créancier (3). »

Dumoulin la définit : *Transfusio unius debitoris in alium, eadem vel mitiori conditione* (4).

Ces auteurs et d'autres qu'il serait trop long de citer, ne sont pas toujours aussi explicites. On trouve dans

(1) Pothier, *C. d'Orl. introd. au tit. 20*, et *Obl. nº 559.* — (2) Renusson, Ch. 4, 24. — (3) *Lois civiles*, liv. 3, t. 1. — (4) *De usuris*, *nos 276 et suiv.*

leurs Traités sur la subrogation beaucoup de confusion et de nombreuses contradictions. Les difficultés de la matière et l'absence d'une législation précise expliquent l'incohérence de leurs théories.

Quant à l'édit de 1609, relatif à la subrogation consentie par le débiteur, ses termes sont nets et catégoriques. Il veut que les prêteurs soient subrogés *aux droits, hypothèques, noms, raisons et actions des anciens créanciers, sans autres cessions et transports d'iceux*. On retrouve ici dans le mot français *nom* l'expression latine *nomen*, qui signifie *créance*. De même les expressions *sans autres cessions ni transports*, indiquent que cette subrogation était elle-même une véritable *cession*, sans quoi le mot *autres* n'aurait pas de sens.

Le législateur de 1804 ne s'est pas écarté de ces précédents. « Si celui qui paie se fait subroger, dit Bigot de Préameneu, il n'y a plus paiement, mais transport de la créance. L'obligation est éteinte *à l'égard du créancier* par le paiement que lui fait une autre personne subrogée dans ses droits, sans que cette obligation soit éteinte *à l'égard du débiteur* (1) » Les tribuns Jaubert et Mouricault font des déclarations semblables. Or, ce système est bien celui que nous soutenons. On peut le formuler ainsi : La subrogation est une opération à double face ; entre le subrogé et le créancier, c'est un paiement ordinaire ; entre le subrogé et le débiteur, c'est une cession fictive dont l'effet est de mettre le subrogé au lieu et place du créancier originaire.

Les articles 1249, 1250, 874 et 2029 du Code Napoléon reflètent cette théorie. Aux termes de l'art. 2029,

(1) Fenet, p. 268, 348, 431.

la caution est subrogée à *tous les droits* du créancier. Ces dernières expressions, par lesquelles le législateur se contente le plus souvent de désigner les effets de la subrogation, signifient que le tiers qui paie la dette succède à la créance elle-même, et non pas seulement aux priviléges, hypothèques, cautionnements; ce qui le prouve, c'est que l'art. 1250 place l'énumération de ces diverses garanties après les mots *droits* et *actions*. L'article 1252 n'est pas moins formel. Il déclare que la subrogation a lieu contre le *débiteur* : cette manière de s'exprimer est exclusive du second système. En effet, le débiteur n'est pas un *accessoire*, une *garantie* de la créance, mais bien le *sujet passif* de cette créance; or, une obligation ne se conçoit point passivement sans un *sujet actif*, sans un *créancier* qui, évidemment, n'est autre ici que le subrogé, puisque la dette est définitivement éteinte à l'égard du créancier originaire.

Notre système est donc le plus conforme à l'autorité historique et au texte de la loi. Il évite les inextricables difficultés que soulèverait nécessairement, dans le second système, la distinction entre les prérogatives éteintes et les prérogatives conservées par le paiement avec subrogation. En augmentant les droits du subrogé, il sauvegarde plus efficacement les intérêts du créancier et favorise le crédit du débiteur; car, plus les tiers trouveront des garanties, plus ils seront portés à faire l'avance de leurs deniers pour payer la dette.

Les conséquences pratiques du second et du troisième système sont loin d'être les mêmes. Toutefois, plusieurs effets leur sont communs, et ils se rencontrent sur tous les points dans lesquels la subrogation diffère de la cession; nous avons indiqué ces différences : inutile d'y

revenir. Mais ils se séparent complétement dans tous les cas où la subrogation produit les effets du transport des créances.

Ainsi, selon nous, le subrogé doit jouir sans exception de tous les droits du créancier originaire. Il peut exercer la contrainte par corps, si la créance de ce dernier en est susceptible ; agir par voie d'exécution parée, si le titre constitutif de la créance est authentique et revêtu de la formule exécutoire (Art. 2214); intenter les poursuites devant la juridiction consulaire, si la dette est commerciale ; agir contre les codébiteurs solidaires et ceux qui sont tenus de la dette *in solidum*, par suite d'une indivisiblité *solutione tantum*, bien qu'en principe la solidarité et l'indivisibilité s'éteignent par le paiement; se prévaloir du domicile élu, du lieu indiqué pour le paiement, de la convention de mise en demeure par la seule échéance du terme (art. 1139), de la clause pénale, de l'action en résolution pour défaut d'inexécution, de la défense faite aux juges d'accorder des délais à ceux qui sont poursuivis en vertu d'une lettre de change (art 157 C. Comm.), et enfin de tous les droits d'antichrèse, de gage, de nantissement qui appartenaient au créancier primitif. S'agit-il d'une vente de meubles ? Il reçoit avec la créance et le privilége du vendeur, les droits de rétention (art. 1612), de résolution (art. 1657), et de revendication (art. 2102-4°). S'agit-il de loyers payés pour le compte d'un locataire? Il acquiert non-seulement la créance et le privilége du locateur, mais encore le droit de revendication (art. 2102—1°) et la faculté de faire saisir, en dehors des conditions ordinaires, les objets garnissant la maison (art. 819 C. Pr.). Or, l'exercice de ces droits et autres semblables est re-

fusé au subrogé par les partisans du second système, qui n'admettent pas que la subrogation soit une cession fictive de la créance.

En résumé, le subrogé a deux actions :

1° L'action de mandat, de gestion d'affaires ou de prêt qu'il a de son chef et qui résulte du paiement ;

2° L'action du créancier originaire qui lui est fictivement transmise avec toutes ses prérogatives, toutes ses qualités.

L'exercice de l'une de ces actions amène naturellement l'extinction de l'autre, puisqu'elles tendent au même but. La première peut quelquefois être plus utile que la seconde, par exemple, si le débiteur est solvable. Elle permet, en effet, au subrogé de réclamer les intérêts à partir du paiement (art. 2001), tandis qu'en vertu de l'action du subrogeant, il ne peut les obtenir que du jour de la demande en justice (art. 1153).

L'action du mandat, de gestion d'affaires ou de prêt, se prescrit en général par 30 ans. Mais on conçoit que si le paiement avec subrogation a été effectué par un tiers qui n'avait reçu à cet effet aucun mandat soit exprès, soit tacite, son recours devra se prescrire par le laps de temps qui restait à l'ancien créancier : autrement le paiement constituerait un acte préjudiciable au débiteur. Si, au contraire, ce dernier a donné mandat ou s'il a emprunté les deniers nécessaires à sa libération, il a par là même reconnu la dette et interrompu la prescription. Dès lors, l'action de prêt ou de mandat durera trente ans à partir du paiement, et l'action originaire ne sera prescriptible qu'à dater de la même époque ; mais il est possible que celle-ci s'éteigne plus tôt que la précédente ; par exemple, si elle est soumise à une courte

prescription (art. 2271 et suiv.); dans cette hypothèse encore, l'action *mandati aut ex mutuo* sera la plus avantageuse.

On a vu que la subrogation ne peut jamais nuire au créancier : *nemo contrà se subrogasse censetur*. S'il n'a été payé qu'en partie, il exercera ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel (art. 1252.) « Simple concession d'équité, dit M. Troplong, la subrogation ne saurait se retourner contre le créancier, qui n'est pas censé l'avoir accordée pour se faire tort, mais seulement pour empêcher qu'il ne soit fait tort à celui dont il a reçu son paiement (1).»

Faut-il accorder au deuxième subrogé qui a payé ce qui restait dû au créancier, le droit de préférence que celui-ci pouvait invoquer contre le premier subrogé? Quelques jurisconsultes répondent affirmativement. Le propre de la subrogation est, dit-on, d'investir le subrogé de tous les droits du subrogeant et par conséquent du privilége de l'art. 1252. Cette transmission sera utile au débiteur comme au créancier, car les tiers seront d'autant plus disposés à faire l'avance de leurs deniers pour éteindre la dette, qu'ils recevront plus de sûretés.

A notre sens, cette opinion est un véritable paradoxe. Le droit de préférence de l'article 1252 est uniquement basé sur ce principe que la subrogation ne doit point nuire au créancier. Le créancier est-il désintéressé? Le privilége doit s'évanouir, car il n'a plus de raison d'être. Tous les subrogés doivent avoir des droits égaux : n'ont-ils pas tous rendu un bon office et succédé à la même créance? Pourquoi, dès lors, celui qui est venu en der-

(1) *Du Cautionnement*, n° 367.

nier lieu pourrait-il, en vertu d'un acte de même nature, invoquer des droits plus étendus?

Cette doctrine était celle de Renusson et de Pothier. Elle a été adoptée dans l'ancien Droit par deux arrêts du Parlement de Paris, l'un du 1er mars 1681, l'autre du 16 juillet 1694 (1), et on la trouve nettement formulée dans un arrêt de la Cour de Dijon du 10 juillet 1848.

Nous avons dit que le paiement avec subrogation produisait tout son effet, même à l'égard des tiers, lorsqu'il avait acquis date certaine : les dispositions de l'art. 1690 ne sont applicables qu'au transport des créances. Il est utile toutefois de faire signifier au débiteur la quittance subrogative, afin d'empêcher qu'il ne paie une seconde fois, dans l'ignorance de la libération opérée en sa faveur. Il serait, en effet, contraire à tous les principes que le débiteur, qui n'est point en faute, supportât les conséquences de la négligence mise par le subrogé à l'avertir. Pour justifier cette solution, on peut tirer un puissant argument d'analogie des art. 1691 et 2031.

Il n'est pas indispensable, non plus, que le subrogé rende publique la subrogation en la faisant mentionner en marge de l'inscription hypothécaire. L'inscription prise au nom du créancier par lui remboursé subsiste à son profit. Qu'importe, en effet, aux tiers un simple changement de créancier? C'est ainsi qu'en matière de cession la jurisprudence décide que l'inscription peut être prise ou renouvelée, dans l'intérêt du cessionnaire, sous le nom du cédant, même après la signification du transport au débiteur. Il est prudent néanmoins de faire mentionner la subrogation sur les registres du conser-

(1) Renusson, chap. 16.

valeur, dans la crainte qu'au moyen d'une main-levée frauduleuse donnée par le créancier originaire au débiteur, celui-ci ne réclame la radiation de l'inscription.

En matière d'enregistrement, la subrogation n'est point expressément tarifée, car elle n'est par elle-même susceptible d'aucun droit. On lui applique le tarif de l'acte qui la confère. Or l'administration, assimilant la subrogation consentie par le créancier à la cession-transport, exige dans ce cas le droit d'obligation (50 cent. p. 100 (1); mais elle décide que la subrogation légale ne donne lieu qu'au droit de quittance (25 cent. p. 100). Cette distinction entre la subrogation légale et la subrogation conventionnelle est une erreur fondamentale que nous avons déjà réfutée. A notre avis, le droit de quittance doit seul être perçu dans les deux hypothèses, car la subrogation n'est qu'un accessoire, une modalité du paiement.

Nous admettons, au surplus, avec la jurisprudence, que la subrogation consentie par le débiteur donne lieu à deux droits distincts : un droit d'obligation pour l'acte d'emprunt, et un droit de quittance pour l'acte constatant le paiement et la subrogation. Mais si le même acte constate à la fois ces deux opérations, le droit de 50 cent. p. 100 devra seul être exigé : la quittance n'est alors que la conséquence forcée de l'obligation.

(1) Art. 9 de la loi du 7 août 1850, portant fixation du budget des recettes de l'exercice 1851.

TITRE III.

DES SUBROGATIONS CONVENTIONNELLES.

La subrogation conventionnelle est celle qui est le résultat d'une stipulation. Elle s'opère de deux manières : par la volonté du créancier, sans l'intervention du débiteur ou même contre son gré ; par la volonté du débiteur, avec ou sans le concours du créancier (art. 1250).

SECTION Ire.

De la subrogation consentie par le créancier.

Une obligation peut être éteinte par un tiers qui n'y est point intéressé, à l'insu et même contre le gré du débiteur : *solvere pro invito et ignorante cuique licet*, dit Gaïus, *cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere* (1). Mais si l'on peut améliorer la condition du débiteur, il n'est point permis de la rendre pire ; par conséquent, le tiers qui paie ne saurait exiger la subrogation aux droits du créancier, car cette substitution aurait pour effet de conserver fictivement à son profit la créance originaire, et souvent d'aggraver la position du débiteur en favorisant à son préjudice d'avides spéculations : *non esset liberatio*, dit Dumoulin, *sed creditoris mutatio; hoc captiosum esset debitoribus, quorum interest inscios non mutare creditores, quos nonnunquam habeat proprios, ne*

(1) D L. 53 *de solut.*

forte cogantur incidere in manus avari et intractabilis (1). C'est en ce sens qu'il faut expliquer, selon nous, les mots : *pourvu que le tiers qui paie ne soit pas subrogé aux droits du créancier*, qu'on lit dans l'article 1236 du Code Napoléon.

Mais si la subrogation ne peut être exigée par celui qui désintéresse le créancier, celui-ci peut la lui concéder volontairement, sous les deux conditions suivantes :

1° *La subrogation doit être expresse.* — L'absence de cette déclaration formelle dans la quittance fait présumer l'extinction de la dette, et le tiers qui a payé ne peut plus invoquer que l'action *negotiorum gestorum* ou l'action *mandati contraria*. La loi d'ailleurs ne subordonne pas la subrogation à des termes sacramentels, et elle n'exige point que chacun des droits transmis soit spécifié : il suffit que la substitution au lieu et place du créancier soit nettement exprimée.

2° *Elle doit être faite en même temps que le paiement.* — Après le paiement, la subrogation serait impossible, puisque la dette se trouverait anéantie avec tous ses accessoires : *si post solutum sine ullo pacto, actiones, post aliquod intervallum, a creditore cessæ sint, nihil ea actione actum, cum nulla actio superfuerit creditori* (2). Si, faite après coup, *ex intervallo*, la subrogation pouvait avoir effet, elle porterait préjudice aux créanciers postérieurs, auxquels l'extinction de la dette a donné un rang hypothécaire moins éloigné. Le législateur, pour prévenir cette fraude, a exigé que la convention ait lieu *in continenti*, au moment du paiement, et dans la quit-

(1) *De usuris, num. 332.* — (2) D. L. 76 *de solut.*

tance même qui le constate, *uno contextu*. La subrogation stipulée dans un acte séparé serait radicalement nulle.

Aucune autre condition n'est exigée. L'authenticité de l'acte n'est point indispensable pour la transmission de l'hypothèque, bien que l'hypothèque elle-même ne puisse être constituée que par un acte authentique. Toutefois, il est prudent de faire enregistrer la quittance subrogative donnée par acte sous seing privé, car ce n'est que du jour de l'enregistrement qu'elle pourra être opposée aux tiers qui auront intérêt à contester l'existence de l'acte, par exemple, à un subrogé ou à un cessionnaire postérieurs. Le dernier acte, s'il était notarié ou s'il avait acquis date certaine, prévaudrait sur la quittance privée d'une date antérieure (art. 1328). Mais les tiers intéressés sont recevables, même en présence d'un acte authentique, à établir, soit par la preuve testimoniale, soit par des présomptions graves, précises et concordantes, que le paiement est antérieur à la subrogation (art. 1348 et 1353); « car, dit Pothier (1), rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuser la preuve testimoniale de la fraude qui leur est faite, puisqu'il n'a pas été en leur pouvoir d'en avoir une autre. » C'est un principe constant dans l'ancienne et la nouvelle jurisprudence.

(1) *Obligat. nº 801.*

SECTION II.

De la subrogation consentie par le débiteur.

La subrogation conférée par le débiteur a lieu lorsque celui-ci emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. On conçoit que la fraude pourrait aisément se glisser dans cette opération, si la loi n'eût pris de grandes précautions pour constater la réalité de l'emprunt, et s'assurer de la remise au créancier des fonds empruntés. Ces précautions sont les suivantes :

1° *L'acte d'emprunt et la quittance doivent être passés devant notaire.* — Un acte sous seing privé, revêtu de la formalité de l'enregistrement, ne serait point suffisant. En effet, la forme notariée n'a pas seulement pour but de donner date certaine à l'acte d'emprunt et à la quittance ; elle doit surtout garantir l'exactitude et la sincérité des faits constatés, et prévenir les fraudes qui consisteraient à simuler des emprunts ou des paiements qui n'auraient pas eu lieu. Le législateur a pensé que la présence de l'officier public serait un frein salutaire pour les hommes d'une probité équivoque, et suffirait souvent à déjouer la simulation et le mensonge. Remarquons que deux actes séparés ne sont pas nécessaires pour constater les stipulations relatives au prêt et au paiement : un seul peut suffire. Il sera même plus facile, quand les deux conventions seront rédigées d'un seul contexte, de suivre les deniers des mains du prêteur jusques à celles du créancier.

2° *L'acte d'emprunt doit contenir la déclaration que la*

somme empruntée est destinée à effectuer le paiement qui doit produire la subrogation en faveur du prêteur. —Il est même nécessaire, selon nous, de spécialiser la dette que le débiteur entend payer, afin que la cession fictive, *cessio fictitia*, qui va s'opérer détermine l'objet cédé.

Faut-il, en outre, que la subrogation soit stipulée d'une manière expresse, comme lorsqu'elle est consentie par le créancier? C'est un point controversé. L'ancienne jurisprudence exigeait une déclaration formelle à cet égard, et les mots *à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier*, qu'on lit dans l'art. 1250, pourraient faire supposer que le Code Napoléon a suivi les mêmes errements. Mais nous croyons que ce serait ajouter à la loi. L'art. 2103 n'exige point la mention de la subrogation; il en est de même, à notre avis, de l'art. 1250, malgré l'ambiguité de ses termes. A quoi servirait d'ailleurs cette mention? L'intention de subroger ne résulte-t-elle pas suffisamment des stipulations qui doivent nécessairement accompagner l'acte d'emprunt et la quittance?

3° *L'origine des deniers doit être déclarée dans la quittance qui constate le paiement.* — Cette condition est essentielle; la subrogation ne peut équitablement s'opérer qu'en faveur de celui dont les deniers sont parvenus au créancier : *Cujus pecunia ad creditorem privilegiarium pervenit.* Si le débiteur les a dissipés ou a négligé d'en faire l'emploi convenu, le prêteur doit s'imputer d'avoir suivi la foi de l'emprunteur, et de n'avoir pas pris ses précautions.

Dans quels délais les deniers empruntés doivent-ils être remis au créancier? L'édit de 1609 était muet sur ce point; mais Renusson, se fondant sur un texte

d'Ulpien, soutenait que les fonds devaient être remis immédiatement après l'emprunt (1). Un emploi immédiat est effectivement nécessaire pour prévenir la fraude et empêcher que le paiement ne soit fait avec des deniers autres que ceux empruntés. Aussi, Bacquet, en son *Traité des droits de justice*, *nombre* 240, voulait-il que le débiteur fît le paiement le jour même de la délivrance des fonds, ou le lendemain. Le Parlement de Bordeaux, d'après l'auteur des notes sur les *Questions alphabétiques* de Bretonnier, accordait trois jours. Quelques auteurs en donnaient dix : d'autres, plus indulgents, admettaient un délai de trois et six mois. Aujourd'hui, il faut conclure du silence du Code qu'il s'est reposé à cet égard sur la prudence des magistrats. Cette circonspection est sage, dit Toullier : il était impossible d'établir sur ce point une règle précise sans s'exposer à blesser la justice en certains cas. Mais les tribunaux ne peuvent examiner trop sévèrement si le temps qui s'est écoulé entre l'emprunt et l'emploi permet de croire que les deniers du prêteur subrogé sont réellement parvenus au créancier.

Il peut arriver que ce dernier refuse de recevoir le montant de la créance ou de donner une quittance indicative de l'origine des deniers. Dans cas, le débiteur consigne la somme offerte, et le préposé à la caisse des consignations lui délivre un récépissé portant que les deniers offerts au créancier et consignés proviennent de l'emprunt (Art. 12 de l'Ord. du 3 juillet 1816). Ce récépissé qui est authentique, supplée la quittance notariée, et, comme elle, opère la subrogation.

On peut voir des cas d'application de la subrogation

(1 Renusson, ch. 11; D. L. 23, § 3. *de rebus aut. jud. possid.*

consentie par le débiteur dans les art. 2103 du Code Napoléon, 23 de la loi du 16 septembre 1807 sur les desséchements des marais, et 20 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines.

TITRE IV.

DES SUBROGATIONS LÉGALES.

La subrogation légale est celle qui s'opère de plein droit. Elle n'a lieu que dans les cas expressément déterminés par la loi : *non transeunt actiones nisi in casibus jure expressis* (1). On n'a pas voulu l'admettre toutes les fois qu'une personne paie les dettes d'une autre, dans la crainte que des tiers malveillants ou cupides n'abusassent de cette faculté pour vexer ou pour ruiner le débiteur par des poursuites impitoyables. Le législateur, dans sa haute sagesse, a pensé que la subrogation devait s'opérer de plein droit dans les cas seulement où il est évident que le tiers qui paie agit dans des vues honnêtes, pour un intérêt légitime.

La subrogation légale s'opère le plus souvent au profit de personnes qui paient une dette dont elles sont tenues avec ou pour d'autres; mais elle est accordée quelquefois à des tiers qui ne sont pas obligés; tels sont : le créancier qui désintéresse un autre créancier préférable, l'héritier bénéficiaire et le payeur par intervention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. — Ces deux hypothèses feront l'objet de deux chapitres distincts.

(1) Dumoulin, *Lectione* 1 *Dolana*, n° 41.

CHAPITRE Ier.

DE LA SUBROGATION LÉGALE QUI S'OPÈRE AU PROFIT DE PERSONNES NON TENUES DE LA DETTE.

SECTION Ire.

Du Créancier qui paie un autre Créancier préférable.

Aux termes de l'article 1251-1°, « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. »

Ce premier cas de subrogation légale est la reproduction du *jus offerendi* admis en Droit Romain et dans notre ancienne jurisprudence. Nous avons indiqué déjà les motifs qui justifient le droit d'offrir : « La loi est favorable au créancier qui l'invoque, dit Renusson, parce qu'il paie pour le bien de la paix, pour éviter les frais et les contestations qui s'augmentent et se multiplient par le nombre des créanciers ou pour empêcher que la chose ne soit vendue à contre-temps. » Le Code Napoléon nous paraît avoir dérogé au droit antérieur en deux points : Aujourd'hui, 1° un créancier simplement chirographaire peut exercer le *jus offerendi ;* la loi n'exige qu'une condition : *la qualité du créancier ;* 2° la subrogation n'a point lieu au profit du créancier hypothécaire qui paie un autre créancier placé dans un rang inférieur au sien, car ce dernier ne lui est point *préférable.* Ces deux solutions ont été contestées, et la seconde est peut-être susceptible de critique au point de vue législatif :

un créancier premier en rang peut, en effet, avoir un intérêt légitime à écarter un créancier inférieur, afin d'éviter des frais ou une vente inopportune ; mais le texte de la loi est formel.

Un auteur récent (1) soutient que la subrogation n'a point lieu lorsqu'il est démontré par l'évidence des faits que le créancier qui a désintéressé un autre créancier préférable, n'avait aucun intérêt à l'écarter. Si la loi, dit-il, lui accorde cette faveur, c'est qu'elle *présume* qu'il agit dans des vues légitimes, afin de sauvegarder ses droits compromis ; mais cette présomption n'est pas absolue, *juris et de jure :* elle admet la preuve contraire. — C'est faire, selon nous, un étrange abus du mot présomption que de lui donner ici le sens que lui attribuent les articles 1349 et suivants du Code Napoléon. Le législateur n'a mis aucune condition au bénéfice de la subrogation légale qu'il confère au créancier qui se trouve dans un des cas prévus, *in casibus jure expressis.* Prétendre le contraire, c'est soulever des contestations et des difficultés que la loi veut éviter, c'est tendre un piège au créancier qui a compté sur la subrogation, c'est distinguer là où le Code ne distingue pas.

Mais que faut-il entendre par ces mots : *créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques?* Sont-ils limitatifs ou simplement énonciatifs? Par exemple, la contrainte par corps, le gage, l'antichrèse rentrent-ils dans les termes de la loi? Nous répondrons négativement pour la contrainte par corps qui ne procure aucun droit de préférence sur les autres créanciers, bien qu'elle soit une puissante garantie pour celui qui

(1) M. Mourlon, p. 363.

la possède ; mais la solution doit être affirmative, à notre sens, en ce qui concerne le gage et l'antichrèse. Pas de difficulté sérieuse pour le gage qui est un véritable privilège (art. 2102 - 2°). Quant à l'antichrèse, si l'on admet avec la majorité des auteurs et la jurisprudence qu'elle attribue à l'antichrésiste un droit de préférence sur les fruits vis-à-vis des créanciers hypothécaires d'une date postérieure et des chirographaires, il sera bien difficile de ne point reconnaître que c'est là un privilège *sui generis*, suffisant pour motiver la subrogation légale au profit de celui de ces créanciers qui aura désintéressé l'antichrésiste. Cette question, d'un intérêt plus théorique que pratique, est, du reste, controversée.

SECTION II.

De l'utilité de la subrogation légale en cas de concours d'une hypothèque générale avec des hypothèques spéciales.

Sous l'empire de notre système hypothécaire, le *jus offerendi* peut être d'une grande utilité au créancier ayant une hypothèque spéciale en concours avec une hypothèque générale. La subrogation sera souvent pour lui le seul moyen de sauvegarder ses droits.

Exemple : Paul, propriétaire d'une maison et d'une vigne, doit 20,000 fr. à *Primus*, qui a une hypothèque générale, soit légale, soit judiciaire, affectant les deux immeubles et inscrite en 1850 ; 40,000 fr. à *Secundus*, qui est nanti d'une hypothèque spéciale sur la maison, inscrite en 1852 ; et 20,000 fr. à *Tertius*, qui possède sur la vigne une hypothèque spéciale, inscrite en 1854.

La maison est vendue 40,000 fr. et la vigne 20,000 fr. ;

par conséquent le passif du débiteur l'emporte de 20,000 fr. sur son actif.

On aperçoit le danger auquel sont exposés *Secundus* et *Tertius*. Si, à raison de l'indivisibilité de son hypothèque, *Primus* exerce son droit sur la maison, *Secundus* perdra 20,000 fr. et *Tertius* sera payé intégralement; si, au contraire, il le fait valoir sur le prix de la vigne, *Tertius* n'aura rien à toucher, tandis que *Secundus* conservera son hypothèque intacte.

Dans la pratique, lorsque les ordres s'ouvrent en même temps devant le même tribunal, la jurisprudence ne manque jamais de faire supporter d'abord l'effet de l'hypothèque générale à l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale la plus récente. Dans l'espèce, *Tertius* perdrait son gage. Il est, en effet, dans l'esprit général de notre système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, parce que le créancier qui a prêté le dernier a eu bien moins de raison que tous les autres de croire à la solvabilité du débiteur. Mais cette manière de procéder est impossible, quand les ordres sont distincts ou qu'ils s'ouvrent devant des tribunaux différents : il est évident, dans ces cas, que *Primus* peut demander à être colloqué, pour la totalité de sa créance, sur le prix de la maison ou sur le prix de la vigne, à son choix.

Un seul moyen est offert aux créanciers munis des hypothèques spéciales de parer au danger qui les menace : c'est la subrogation. Si *Secundus* désintéresse *Primus*, il pourra faire retomber sur la vigne tout le poids de l'hypothèque générale à laquelle il sera subrogé, et son hypothèque sur la maison sortira alors son plein effet. De son côté, si *Tertius* prend les devants et s'empare par le paiement des droits de *Primus*, il lui suffira de re-

porter sur la maison l'exercice de ces droits pour conserver intacte sa créance hypothécaire sur la vigne : il sera payé intégralement, tandis que *Secundus* qui a contracté avant lui avec le débiteur commun, éprouvera une perte considérable.

M. Troplong n'admet pas ce résultat (1). Selon lui, *Tertius* n'a pas le droit de se faire subroger à l'hypothèque générale au préjudice de *Secundus*. Il voit dans cette combinaison une fraude et un calcul astucieux que le juge devra déjouer, en exigeant que l'hypothèque de *Primus* soit répartie de telle manière que les hypothèques spéciales conservent leur effet suivant l'ordre de leur inscription. — Cette doctrine ne nous paraît pas fondée. Ce n'est pas sur une simple présomption de fraude qu'on peut enlever à *Tertius* un droit écrit dans la loi (article 1251 - 1°). Le tort qu'il cause à *Secundus*, *Primus* n'eût-il pas pu l'occasionner en dirigeant son action contre la maison ? Pourquoi dès-lors *Tertius* ne trouverait-il pas dans sa vigilance, dans l'exercice légal d'un droit, le bénéfice que pourrait lui procurer, suivant M. Troplong lui-même, le caprice du créancier muni de l'hypothèque générale ? La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans ce sens.

L'inconvénient signalé par l'éminent magistrat n'existerait pas si l'on devait décider avec certains auteurs que le créancier hypothécaire qui aura été primé dans un ordre par un créancier ayant une hypothèque générale, sera de plein droit subrogé à cette hypothèque à la date de l'inscription par lui prise pour la garantie de sa créance. De cette manière, *Secundus* aurait un

(1) *Privil. et hyp.*, n° 757.

recours sur la vigne pour reprendre une somme égale à celle que lui aurait enlevée *Primus* agissant en vertu de son hypothèque générale. Mais ce système est inadmissible. La subrogation n'a lieu de plein droit qu'au profit du créancier qui a *payé de ses deniers* un autre créancier préférable, et non au profit de celui qui voit son gage absorbé par le créancier qui le prime : *Non transeunt actiones nisi in casibus jure expressis.* Lors de la discussion de la loi sur la réforme hypothécaire, en 1850, on avait introduit dans l'art. 2106 du projet, un nouveau cas de subrogation légale destiné à combler la lacune qu'on vient de signaler. On sait que cette loi n'a pas abouti, et, tant que le législateur n'aura point prononcé, nous pensons qu'il faut suivre le système exposé plus haut, malgré l'iniquité possible de ses résultats.

SECTION III.

De la subrogation légale au profit de l'héritier bénéficiaire.

La subrogation légale a lieu de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession (art. 1251 - 4°). Cette subrogation a une grande anologie avec celle du créancier qui désintéresse un autre créancier qui lui est préférable. Simplifier la liquidation de la succession, diminuer les frais, augmenter par ce moyen la part qui pourra lui revenir, toutes dettes payées : tel est le but de l'héritier bénéficiaire ; ce but est trop légitime, trop avantageux même à la masse des créanciers héréditaires, pour que la loi ne l'environne pas de ses garanties spéciales.

L'héritier bénéficiaire peut, pour la partie de ses dé-

boursés dont il n'est pas rempli avec les biens de la succession, recourir contre les cautions et contre les tiers-détenteurs d'immeubles hypothéqués aux dettes par lui payées. Si ces immeubles sont détenus par des cohéritiers, son recours n'est ni fractionné, ni amoindri par suite de l'insolvabilité de l'un d'eux : la subrogation lui donne à leur encontre les droits d'un tiers étranger à la dette (art. 875).

Dans l'ancien Droit, Renusson accordait la subrogation de plein droit au curateur qui avait payé de ses deniers les dettes de la succession vacante ; cette subrogation est impossible aujourd'hui, dans le silence de la loi ; mais le curateur peut exciper du droit de rétention tant qu'il n'est pas remboursé de ses avances (art. 1948, arg. d'analogie).

SECTION IV.

De la subrogation légale au profit du tiers qui paie une lettre de change par intervention.

Le tiers qui paie par intervention, après protêt, une lettre de change ou un billet à ordre, est subrogé aux droits du porteur, en vertu de l'art. 159 du Code de Commerce, qui a reproduit sur ce point les dispositions de l'ordonnance du mois de mars 1673. Favoriser le crédit et sauvegarder l'honneur des commerçants, tel est le but de cette disposition tout-à-fait exceptionnelle : car, en principe, le paiement fait par un tiers étranger à la dette ne donne lieu qu'à une action *negotiorum gestorum*.

L'intervention et le paiement doivent être constatés dans l'acte de protêt. Le subrogé est tenu des mêmes devoirs que le porteur pour les formalités à remplir.

S'il paie pour le compte du tireur, tous les endosseurs sont libérés ; si pour un endosseur, tous les endosseurs subséquents sont déchargés. Il suit de là que le tiré peut avoir intérêt à laisser protester la lettre de change, afin d'opérer le paiement pour le compte du dernier endosseur ; il sera subrogé, par l'effet de cette intervention, contre le tireur et contre tous les endosseurs, tandis qu'en payant comme tiré, la subrogation lui serait uniquement acquise contre le tireur, dont il est le mandataire.

Le tiers intervenant n'est subrogé contre le tiré qu'autant que ce dernier a accepté. Mais c'est une question très-grave et fort controversée, de savoir si, en vertu de la lettre de change, le porteur ou celui qui est subrogé à ses droits, ont un privilége sur la provision, à l'exclusion des créanciers du tireur. La jurisprudence décide affirmativement, lorsque la provision existe entre les mains du tiré. Le système contraire nous semble préférable. Le tireur ne transporte pas au porteur la propriété de la provision; il s'engage seulement à lui procurer une somme d'argent à une époque déterminée. Ce qui le prouve, c'est que la provision n'est pas aux risques du preneur, c'est encore que le plus souvent la lettre de change n'affecte pas au paiement telle valeur déterminée, mais bien des valeurs consistant en marchandises à réaliser, en effets à recouvrer : or, comment le porteur pourrait-il dans ces cas si nombreux être propriétaire d'une chose *in genere*? N'est-il pas de principes que les genres n'appartiennent à personne?

Le Code de Commerce ne prononce la subrogation légale qu'en faveur du tiers intervenant ; mais elle a lieu également en vertu de l'art. 1251 - 3° du Code Napo-

léon, au profit de l'endosseur, obligé de payer la lettre de change par suite de l'action solidaire qu'a le porteur contre tous ceux qui l'ont signée, acceptée ou endossée (art. 140 C. Com.). Cette décision s'applique aussi, bien entendu, à l'endosseur d'un billet à ordre et au donneur d'aval.

CHAPITRE II.

DE LA SUBROGATION LÉGALE AU PROFIT DE CEUX QUI SONT TENUS AVEC OU POUR D'AUTRES.

La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Tel est le principe général consacré par l'article 1251.

Etre tenu *pour* un autre, c'est être dans l'obligation légale de payer une dette qu'une autre personne devra supporter intégralement : ainsi, les cautions à l'égard du débiteur principal, les *mandatores pecuniæ credendæ*, les tiers détenteurs, sont tenus pour d'autres.

Etre tenu *avec* un autre, c'est être dans la nécessité d'acquitter une dette qui devra être supportée en partie par l'auteur de la libération, et en partie par d'autres personnes intéressées aussi à la dette. Tels sont les codébiteurs solidaires, les codébiteurs d'une obligation indivisible, les cautions entre elles, ceux qui sont tenus hypothécairement d'une dette commune.

Au surplus, cette distinction est peu utile, car celui qui est tenu avec un autre est également tenu pour un autre, et réciproquement. Le débiteur simplement conjoint qui paie la totalité de la dette n'acquiert contre son

co-obligé que l'action *negotiorum gestorum*. Il n'a, en effet, aucun intérêt à payer au-delà de sa part, et conséquemment, le motif qui sert de base à la subrogation ne saurait le protéger.

SECTION Ire.

De la subrogation légale au profit du codébiteur solidaire et de la caution.

Le codébiteur solidaire et la caution qui ont payé la dette, peuvent-ils recourir pour le tout contre les autres codébiteurs ou les autres cautions? A ne consulter que l'article 1251, il semble qu'il faut répondre affirmativement; mais les effets ordinaires de la subrogation se trouvent ici modifiés par suite des rapports existants entre le subrogé et ceux contre lesquels il intente son action récursoire. Cette action naît multiple, divisée, fractionnée en autant de portions qu'il y a de codébiteurs ou de cautions solvables; telles sont les dipositions formelles des articles 1214 et 2033. Dans l'ancien Droit, il y avait controverse à cet égard. Les uns admettaient le recours solidaire, d'autres le recours fractionné. Cette dernière opinion, enseignée par Renusson, par Pothier et la plupart des jurisconsultes, avait fini par prévaloir dans la jurisprudence.

La caution qui a désintéressé le créancier, peut-elle recourir contre le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette, et, réciproquement, si ce dernier a effectué le paiement, peut-il agir contre la caution? On comprend l'immense intérêt que présente cette grave et délicate question, lorsque le débiteur est insolvable.

Plusieurs auteurs (1) se prononcent contre la caution tenue plus étroitement, dit-on, que le tiers-détenteur obligé *re tantum*. Quand ce dernier est poursuivi par un créancier muni d'une hypothèque générale, il peut demander la discussion des biens demeurés en la possession des *principaux obligés* (art. 2170). Or, par rapport à lui, la caution est un obligé principal. Celle-ci, au contraire, ne peut point renvoyer le créancier à discuter le tiers-détenteur (art. 2023), et la subrogation a expressément lieu contre elle (art. 1252). Ces textes ne prouvent-ils pas que la caution est moins favorablement traitée et que c'est à elle à supporter le fardeau de la dette, sauf son recours contre le débiteur? Le but de la loi n'est-il pas, d'ailleurs, d'encourager la circulation des biens et d'assurer la tranquillité des acquéreurs?

Telles sont les considérations qu'on fait valoir en faveur du tiers détenteur : elles sont loin d'être décisives. C'est fausser le sens des mots et parler une langue à sa guise, que de prétendre que la caution est un obligé *principal*. Par sa nature et par son but, le cautionnement est une opération essentiellement accessoire : on ne saurait donc rien induire de l'article 2170. Quant à l'article 2023, il n'a point pour objet de régler les rapports de la caution avec le tiers détenteur, mais uniquement d'éviter au créancier une discussion longue et difficile : cette interprétation résulte nettement des travaux préparatoires du Code. Il est vrai que le subrogé a un recours contre la caution ; mais le fidéjusseur qui paie succède aussi à *tous* les droits du créancier, et partant au droit de suite contre les tiers détenteurs (art. 2029) :

(1) M. Troplong, *Cautionnement*, n° 427.

on ne peut donc rien conclure de l'article 1252 sans tomber dans un circuit ridicule d'actions qui se croisent et se contrarient. La loi traite la caution avec une grande faveur, car *nemini officium suum debet esse damnosum*. Aux termes de l'article 2037, elle est déchargée lorsque la subrogation aux hypothèques du créancier est devenue impossible par le fait ou la faute de ce dernier. Or cette disposition ne serait qu'un leurre, elle n'aurait pas de sens, s'il suffisait d'une aliénation de l'immeuble hypothéqué, pour enlever au fidéjusseur la garantie qui a été sans doute la cause déterminente de son engagement. L'iniquité du système de M. Troplong devient plus évidente encore lorsque la lutte s'élève entre un donataire *qui certat de lucro captando* et une caution *qui certat de damno vitando*. L'acquéreur pouvait, d'ailleurs, recourir à la purge pour assurer sa tranquillité : il est en faute d'avoir négligé cette précaution ; il doit supporter les conséquences de sa négligence : *vigilantibus jura subveniunt*.

Cette solution doit être modifiée, si à la place d'un acquéreur nous supposons un tiers qui, sans être tenu personnellement, a garanti l'obligation du débiteur en hypothéquant un de ses immeubles. Ce tiers est une caution *sui generis* : il est subrogé de plein droit quand il désintéresse le créancier. Selon nous, la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur, doit être répartie entre ce garant et la caution personnelle, comme elle le serait entre deux co-débiteurs solidaires ou deux fidéjusseurs. Leur position est également digne de faveur ; ils ont fait l'un et l'autre un acte de bienfaisance et d'humanité : le système de la répartition est donc rationnel et équitable.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITÉ

Le conflit peut s'élever entre un co-débiteur solidaire et un tiers-détenteur. Faut-il se prononcer en ce cas contre le tiers-détenteur, par analogie de ce que nous avons décidé lorsque ce dernier est en lutte avec une caution? Quelques auteurs le pensent, mais tel n'est pas notre avis. On ne peut nier que le co-débiteur solidaire ne soit un obligé principal et que par conséquent l'art. 2170 ne lui soit applicable. C'est donc à lui à supporter le fardeau de la dette, si le débiteur est insolvable. Il y aurait, en effet, contradiction à faire retomber la perte sur l'acquéreur de l'immeuble, après lui avoir accordé le benéfice de discussion.

Dans une brillante dissertation, M. Troplong (1) refuse à la caution solidaire l'exception de l'art. 2037, par le motif qu'elle ne jouit pas du bénéfice de discussion. Cette opinion est généralement repoussée par la doctrine et la jurisprudence. En effet, les termes de la loi sont généraux; ils n'établissent aucune distinction entre les diverses espèces de fidéjusseurs. L'hypothèque qui s'est éteinte par le fait ou la faute du créancier, était le gage éventuel de la caution, qui n'avait peut-être consenti à se soumettre aux conséquences rigoureuses de la solidarité qu'en contemplation de cette garantie. Faire de l'art. 2037 le corollaire du bénéfice de discussion, c'est le détruire sous le prétexte de l'interpréter. Ne sait-on pas que dans une foule de cas le créancier ne saurait être renvoyé à discuter les biens du débiteur principal? Il suffit que ces biens ne se trouvent pas dans le ressort de la cour impériale où le paiement doit être effectué, qu'ils soient litigieux, ou bien que la caution soit judiciaire,

(1) *Cautionnement*, nos 526 et suiv.

commerciale, solidaire, pour que la discussion ne puisse être demandée. Que deviendra alors la règle si simple, si claire, si générale de l'art. 2037 ? Elle ne sera plus qu'une espérance fallacieuse que le législateur aura maladroitement fait luire aux yeux de la caution abusée : le texte et l'esprit de la loi rendent cette interprétation inadmissible.

Pothier (1) et la plupart des auteurs accordent au co-débiteur solidaire l'exception appelée dans l'ancien Droit *cedendarum actionum* et reproduite dans l'art. 2037. L'opinion contraire, suivie par M. Troplong et la jurisprudence, nous semble préférable. La raison de décider n'est pas, comme on le prétend, dans l'absence du bénéfice de discussion ; cette considération nous paraît sans valeur dans cette hypothèse comme dans la précédente. Le vrai motif est, selon nous, qu'on ne saurait étendre les dispositions exceptionnelles de la loi d'un cas à un autre, sans un texte positif ; le co-débiteur mérite, d'ailleurs, moins de faveur que la caution ; il n'a pas, comme elle, rendu un service ; il a contracté, dans un intérêt purement personnel, une obligation qui lui est commune avec d'autres ; ce n'est donc pas le désir d'être utile et la perspective des sûretés promises au créancier, qui ont été la cause impulsive de son engagement.

Les principes qui viennent d'être développés s'appliquent sans difficulté au *certificateur de caution* et au *mandator pecuniæ credendæ*.

(1) *Oblig.* nos 275 et 557.

SECTION II.

De la subrogation légale au profit des tiers détenteurs.

L'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage est hypothéqué, est subrogé de plein droit (art. 1251 - 2°). Il a un grand et légitime intérêt à faire ce paiement qui le libère envers le débiteur et raffermit sa possession. Il est vrai que s'il ne désintéresse pas complétement les créanciers hypothécaires, il pourra être exproprié pour le surplus de ce qui leur restera dû ; mais ce danger est peu à craindre, si le prix de vente est convenable. Que si l'expropriation se réalise, il invoquera, pour rentrer dans ses déboursés, le rang hypothécaire des créanciers par lui désintéressés. Il a une hypothèque sur sa propre chose, malgré le principe *nemini res sua pignori esse potest ;* car il serait injuste qu'il fût primé par les créanciers postérieurs. Il doit avoir soin, par conséquent, de renouveler, en temps utile, les inscriptions hypothécaires tant sur l'immeuble acquis que sur les biens affectés à la même dette qui sont possédés par le débiteur ou par des tiers-détenteurs : il peut, en effet, recourir contre ces derniers, ainsi qu'on le démontrera bientôt.

La subrogation légale est accordée non-seulement à l'acquéreur, mais encore aux donataires, aux co-échangistes, en un mot, à tous les tiers qui désintéressent les créanciers munis d'une hypothèque sur l'immeuble qu'ils détiennent (art. 1251 - 3°) ; car ils sont *tenus* au paiement de la dette (art. 2167 et 2168.) Si la loi parle

spécialement de l'acheteur, c'est pour mettre fin aux controverses qui, comme on l'a vu plus haut, s'étaient élevées à son égard dans l'ancienne jurisprudence.

Aux termes de l'art. 874, le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel. On a cru trouver une antinomie entre cet article et l'art. 1020, d'après lequel le débiteur du legs n'est point tenu de dégager la chose léguée de l'usufruit ou de l'hypothèque dont elle est grevée, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur. Cette antinomie n'est qu'apparente. L'héritier n'est sans doute pas obligé de dégager l'immeuble immédiatement, mais il reste soumis au recours du légataire particulier, qui ne doit point contribuer au paiement des dettes, pour le cas éventuel où celui-ci viendrait à éprouver une éviction ou un trouble dans sa possession (art. 1024). — Le légataire jouit, en outre, pour la garantie de son legs, d'une hypothèque légale qu'il peut exercer sur tous les immeubles de la succession, d'après l'art. 1017. Cet article contient une application maladroite du principe de l'indivisibilité en matière d'hypothèques. En effet, il n'en est pas des legs comme des dettes héréditaires ; les legs sont une charge qui commence en la personne des héritiers après la mort du testateur ; c'est alors aussi que commence l'hypothèque du légataire, elle devrait donc naître multiple et se diviser à l'instar de l'obligation qu'elle garantit. C'est ce qu'avait décidé Justinien, dont la pensée a été mal comprise par les rédacteurs du Code : *sed scripta lex!* Remarquons que la subrogation donnera souvent aux légataires une sûreté plus complète que

l'art. 1017, car l'hypothèque qui résulte de cet article ne prend rang que du jour de l'inscription, tandis que celle du créancier originaire aura nécessairement une date plus ancienne. L'art. 1017, d'ailleurs, n'est utile que contre les héritiers, et seulement jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs; la subrogation, au contraire, produit son effet contre tous ceux qui sont tenus personnellement ou *propter rem* de la dette hypothécaire.

Le cohéritier ou successeur à titre universel qui a dans son lot un immeuble affecté par hypothèque au paiement d'une dette du défunt, est de plein droit subrogé au créancier qu'il désintéresse. L'art. 875, qui a été textuellement copié dans Pothier, semble exiger que la subrogation ait été *requise* ; c'est une allusion aux règles de l'ancien Droit, dont les dispositions sur ce point n'étaient pas encore abrogées lorsque fut rédigé le titre des successions : l'art. 1251, en consacrant l'opinion enseignée jadis par Dumoulin, a modifié l'art. 875. Mais l'héritier qui a payé au-delà de sa part dans la dette, ne saurait recourir contre ses cohéritiers que pour la portion dont chacun d'eux est personnellement tenu ; s'il pouvait agir *in solidum*, il serait lui-même garant de l'éviction qu'il ferait souffrir aux autres : or, *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.*

Le tiers-détenteur qui a désintéressé le créancier, a-t-il recours contre les autres tiers-détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette? Cette question est fort controversée; elle présente un vif intérêt quand tous les acquéreurs ont payé leur prix, et que le débiteur est insolvable.

Dans un premier système, on refuse toute action au

tiers-détenteur. Il n'a point géré, dit-on, l'affaire des autres acquéreurs, dont il n'est ni l'associé, ni le mandataire et qui lui sont complétement étrangers. En payant, il s'est uniquement inspiré de son intérêt personnel; son seul but était la conservation de son immeuble : il ne saurait donc invoquer l'action *negotiorum gestorum*. Il n'a pas davantage l'action du créancier originaire contre les tiers-détenteurs. En effet, l'art. 2178 lui réserve un recours en garantie contre le débiteur principal seul, et la subrogation a son effet limité aux biens de ce dernier et à ceux de la caution (art. 1252). Il serait inique qu'un donataire ou un acquéreur d'une date récente pussent faire contribuer un détenteur d'une date plus ancienne. La loi leur avait accordé la voie de la purge pour assurer leur tranquillité ; s'ils ont négligé ce moyen, ils sont en faute et ils ne méritent aucune faveur.

Ces considérations sont puissantes : nous inclinons toutefois pour le système contraire. En désintéressant le créancier, le tiers-détenteur a, en réalité, libéré les autres acquéreurs d'une dette qui leur était commune, et ainsi, *effectu inspecto*, il a utilement géré leur affaire tout en gérant la sienne propre. Pourquoi lui refuser l'action *negotiorum gestorum* et l'action du créancier originaire? L'art. 2178 n'a pas le sens restrictif qu'on lui attribue. Il réserve le principe de garantie, indépendant de l'action de gestion d'affaires ; mais il ne statue pas sur la question du recours résultant de la subrogation. Toutes les garanties qui protégeaient la créance originaire passent au subrogé. Si l'art. 1252 parle spécialement de la caution, « c'est uniquement pour faire cesser la diversité de jurisprudence qui existait autrefois entre certains tribunaux supérieurs ; par exemple, entre le

Parlement de Paris et celui de Rouen ; ce dernier décidant que la subrogation éteignait l'obligation des cautions (1) ». Si la loi eût voulu décharger l'un des obligés, elle se fût certainement prononcée plutôt pour la caution dont l'intervention est si favorable au crédit, que pour le tiers-détenteur.

Toutefois, celui-ci ne saurait avoir un recours *in solidum* contre les autres acquéreurs. Ils doivent contribuer au paiement de la dette chacun au prorata de la valeur des immeubles qu'ils possèdent. Ils sont tenus, au même titre, de l'obligation d'autrui. Il n'y a pas de raison pour que l'un supporte seul le poids du fardeau commun. Déclarer que celui qui aura été le premier poursuivi sortira seul indemne, ce serait livrer le sort des détenteurs au hasard, au caprice du créancier ou à sa connivence avec celui d'entre eux qu'il voudrait favoriser. Les articles 875, 1214, 2033 fournissent un puissant argument d'analogie à l'appui du système de la contribution. Ce système, enseigné par Pothier dans son *Traité de l'hypothèque*, a sa source dans la loi 5, D., *de censibus*. Dans ce fragment, Papinien décide que le détenteur qui paie la créance du fisc peut, en vertu de la cession d'actions, faire contribuer les autres détenteurs des biens hypothéqués, *ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant*. Cette doctrine est également suivie aujourd'hui par plusieurs auteurs et par la jurisprudence.

Sous l'ancienne législation, Dumoulin, Loyseau, Pothier accordaient au tiers-détenteur l'exception *cedendarum actionum*. Quelques auteurs partagent encore cette

(1) Fenet, p. 159.

opinion. Mais les motifs qui nous ont fait refuser cette faveur au co-débiteur solidaire militent *à fortiori* contre le tiers-détenteur : celui-ci ne saurait donc repousser, par l'exception résultant de l'art. 2037, les poursuites du créancier qui a renoncé à son hypothèque sur d'autres biens affectés à la dette.

SECTION III.

De la subrogation légale au profit de l'assureur, du co-auteur d'un crime ou d'un délit, des officiers publics et du conservateur des hypothèques.

La subrogation légale a lieu dans des espèces variables à l'infini : on ne saurait les prévoir toutes. Nous allons terminer par l'énumération de quelques cas qui se présentent fréquemment.

On sait le magnifique essor qu'a pris dans nos sociétés modernes le contrat d'assurance, né de l'activité commerciale de l'Italie au moyen-âge. La belle Ordonnance de Louis XIV sur la marine et notre Code de Commerce ont posé sur les assurances maritimes des règles qui ont eu l'honneur d'être acceptées par toutes les nations étrangères. Mais le législateur ne s'est point occupé des assurances terrestres, et cette lacune, sur un sujet aussi important, devient dans la pratique la source de nombreuses difficultés.

L'assureur qui indemnise l'assuré du sinistre éprouvé par ce dernier, est-il subrogé de plein droit contre l'auteur du dommage ? On admet généralement l'affirmative quand il s'agit d'assurances maritimes ; mais la plupart des auteurs et une jurisprudence constante décident autrement en matière d'assurances terrestres. Cette dis-

tinction nous paraît illogique et anti-juridique : selon nous, la subrogation légale a lieu dans les deux hypothèses. L'assurance offre de grandes analogies avec le cautionnement ; on peut dire que l'assureur est garant de la dette d'autrui : il est tenu *avec* et *pour* l'auteur du sinistre. Ils doivent la même chose, l'un en vertu d'un contrat, l'autre par suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Mais c'est à l'auteur du dommage à supporter, en définitive, les conséquences de sa faute, de sa négligence ou de son imprudence. On ne saurait, sans violenter le texte et l'esprit de la loi, refuser à l'assureur le bénéfice de l'art. 1251. Ainsi, par exemple, il sera subrogé contre le fermier et le locataire, responsables de l'incendie aux termes de l'art. 1733.

L'article 55 du Code Pénal déclare que tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. C'est une question controversée de savoir si celui qui a payé l'entier montant des condamnations est subrogé contre ses codélinquants.

En Droit Romain, tout recours lui était refusé ; il n'avait ni l'action *pro socio*, ni l'action *mandati*, car la société et le mandat doivent avoir un effet licite : *Nec enim mandatum aut societas flagitiosæ rei ullas vires habet ; nemo enim ex delicto consequi potest actionem.*

Ces principes rigoureux ne sauraient être suivis aujourd'hui. Nous pensons, malgré quelques décisions contraires, que la subrogation a lieu de plein droit dans le cas qui nous occupe. Déjà l'ancienne pratique française s'était écartée de la doctrine romaine, et elle admettait avec raison une action récursoire au profit de celui qui

avait payé (1). En effet, le crime ou le délit ne sont que la cause occasionnelle de l'action ; la cause efficiente, c'est le paiement, que la loi veut et doit encourager dans l'intérêt même du trésor.

Selon nous, la solidarité n'a point lieu pour les amendes, en matière de simples contraventions. L'article 55 contient à cet égard une disposition exceptionnelle et exorbitante qui doit être restreinte aux crimes et aux délits. Par conséquent, si plusieurs individus sont condamnés par un tribunal de simple police, celui d'entre eux qui paiera la totalité des amendes, ne sera point subrogé contre les autres. Il n'aura qu'une action de gestion d'affaires.

Mais, à notre avis, il faut décider autrement, en cette matière, pour les restitutions, les dommages-intérêts et les frais. On peut dire avec raison que la dette n'est pas divisible, dès que le fait qui l'engendre est imputable à chacun des co-délinquants. Ils peuvent être poursuivis *in solidum*, et par suite, celui qui paie l'entier montant des condamnations doit être subrogé légalement, en vertu de l'article 1251. Cette solution ne saurait d'ailleurs souffrir de difficulté en ce qui touche les frais qui, dans toutes les procédures, sont mis à la charge de chaque co-auteur ou complice du même fait délictueux (art. 156 du décret du 18 juin 1811.)

Nous appliquons la même doctrine aux délits et aux quasi-délits civils. Chacun des auteurs du fait illicite étant réellement en faute pour le tout, doit la réparation entière, car la responsabilité ne peut pas plus se diviser que le délit. Cette décision, qui est admise par

(1) Pothier, *Obligat.*, nº 282 *in fine*.

la jurisprudence, est l'objet de vives controverses parmi les auteurs.

La loi du 22 frimaire an VII impose aux notaires, aux huissiers, aux greffiers, aux secrétaires des administrations centrales et municipales et à tous officiers publics ayant pouvoir de faire des exploits et procès-verbaux, l'obligation d'acquitter personnellement les droits d'enregistrement des actes de leur ministère, sauf leur recours contre les parties. L'art. 30 de cette loi les autorise à prendre exécutoire du juge de paix de leur canton pour contraindre les débiteurs au remboursement des sommes avancées pour leur compte.

Le conservateur des hypothèques, responsable du préjudice résultant de l'omission sur ses registres des transcriptions d'actes de mutation et des inscriptions requises en ses bureaux ou du défaut de mention dans ses certificats d'une inscription existante, est aussi subrogé aux droits du créancier qu'il est forcé de désintéresser par suite de cette responsabilité. Cette subrogation était formellement écrite dans l'art. 53 de la loi du 11 brumaire an VII. Le législateur de 1804 n'a pas reproduit cette disposition, mais elle est tellement fondée en raison et en justice, qu'on doit la suppléer de droit comme ayant d'ailleurs son principe dans l'art. 1251 du Code Napoléon.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Les pactes et les stipulations ne suffisaient pas pour constituer un droit réel d'usufruit ou de servitude : la quasi-tradition était, en outre, nécessaire, même sous Justinien.

II. L'exception de dol opposée, pour cause de compensation, dans les actions de droit strict, n'entraînait pas la déchéance du droit du demandeur ; elle autorisait seulement le juge à opérer la balance des créances et des dettes respectives.

III. Les fragments 4 et 21, D., *de compensationibus*, s'appliquaient, dans le texte primitif de Paul, à la compensation exceptionnelle de l'*argentarius* : les mots *ipso jure, inter omnes, ex omni contractu*, ont été ajoutés par les compilateurs des Pandectes.

IV. La compensation n'avait jamais lieu de plein droit : elle devait être prononcée *in judicio*.

V. La prohibition des donations entre époux est postérieure à la loi Cincia.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. L'héritier du donateur peut opposer le défaut de transcription de la donation.

II. L'existence d'un enfant naturel reconnu, au moment de la donation, est un obstacle à la révocation pour cause de survenance d'enfants.

III. Le créancier qui attaque les actes de renonciation faits par son débiteur, doit prouver que le préjudice dont il se plaint est le résultat de la fraude.

IV. L'art. 1305 du Code Napoléon ne s'applique qu'aux actes émanés du mineur. — Les actes faits par le tuteur dans la limite de sa capacité, ne sont jamais rescindables pour cause de minorité.

V. Le droit de préférence survit au droit de suite au profit de la femme qui n'a pas fait inscrire son hypothèque légale dans les délais de la purge.

DROIT CRIMINEL.

I. La solidarité établie par l'art. 55 du Code Pénal est une solidarité *parfaite*.

II. Le principe du *non-cumul* des peines est inapplicable au concours de contraventions de police.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Dans les cas exceptionnels où les préfets sont juges du contentieux, le recours contre leurs décisions doit être porté directement devant le Conseil d'Etat, à moins qu'un texte formel de loi n'ordonne de s'adresser d'abord au ministre.

II. L'indemnité due pour dommages permanents résultant de travaux publics, doit être fixée par le jury d'expropriation, conformément à la loi du 3 mai 1841.

Approuvé :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

LAURENS.

Vu et approuvé :

Le Recteur de l'Académie,

A. VINCENS DE GOURGAS.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE