# THÈSE

POUR LE DOCTORAT

T 1883-III-3
PPN 084456256

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

T277

**Droit Romain**

# DE L'ACTION QUOD METUS CAUSA

**Droit Français**

## Étude critique de la Jurisprudence en matière d'emploi et de remploi sous le régime dotal.

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

M. Raoul BOUSSÈS de FOURCAUD

AVOCAT

TOULOUSE
IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN
27, Allée de Garonne, 27.
1883

3 111 035910 8

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

# FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. BONFILS ✲, Doyen, Professeur de Droit Commercial.
MOLINIER, O. ✲, Professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES (G.) ✲, Professeur de Code Civil.
GINOULHIAC, Professeur de Droit Français, étudié dans se origines féodales et coutumières.
HUC ✲, Professeur de Code Civil.
POUBELLE ✲, Professeur de Code Civil, en congé.
ARNAULT ✲, Professeur d'Economie politique.
DELOUME, Professeur de Droit Romain.
PAGET, Professeur de Droit Romain.
CAMPISTRON, Agrégé, chargé du Cours de Procédure Civile.
BRESSOLLES (J.), Agrégé, chargé du cours de Droit international privé.
VIDAL, Agrégé, chargé du cours de Droit Criminel.
WALLON, Agrégé, chargé du cours de Droit administratif.
HAURIOU, Agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit.
SAINT-MARC, Agrégé, chargé d'un cours de Code civil.
M. MOUSSU, Secrétaire.

M. DUFOUR ✲, Doyen honoraire.
M. MASSOL ✲, Professeur honoraire.
M. HUMBERT, O. ✲, Sénateur, Professeur honoraire.

*Président de la Thèse*, M. PAGET.

*Suffragants* { MM. HUC. ARNAULT. VIDAL. SAINT-MARC.

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

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS

BIBLIOTHEQUE DE
UT1
SCIENCES JUR.-GARRIGOU

# INTRODUCTION

DE LA VIOLENCE. — DE LA CRAINTE. — MESURES DE PROTECTION AUXQUELLES DONNE LIEU LA CRAINTE. — DE SON INFLUENCE SUR LES ACTES JURIDIQUES.

La crainte a le privilège de solliciter à la fois la triple attention du philosophe, du législateur et de l'historien.

Le philosophe l'envisage comme phénomène psychologique : est-elle destructive de la volonté humaine, ou, tout en l'altérant, la laisse-t-elle subsister ?

Le législateur, recueillant les données de la philosophie, en déduit les conséquences : l'acte juridique, accompli sous l'empire de la crainte, doit-il être consi-

déré comme n'existant pas, ou bien, est-il seulement atteint d'un vice qui le rend susceptible de rescision ?

L'historien, pour nous servir d'une expression tout à fait contemporaine, consulte à titre de « documents humains » les théories édifiées sur la crainte. Il scrute les ouvrages des moralistes, des philosophes, des poètes, des orateurs, en un mot les manifestations diverses de la vie intellectuelle d'un peuple ; ces investigations dans le monde des idées, lui permettent de reconstituer, à des siècles de distance, le tempérament d'un peuple qui a vécu.

Son œuvre est patiente : prenant une nation à son berceau, il la suit dans son développement et ne s'arrête qu'avec sa chute. Il en poursuit ainsi toutes les phases, jette une vue d'ensemble sur les faits isolés et finit par découvrir les secrets ressorts qui la faisaient agir.

Il interroge Rome royale et les cinq premiers siècles de Rome républicaine ; il déroule ses annales. Elles lui montrent Lucrèce se perçant le cœur d'un poignard pour laver, dans le sang, l'honneur conjugal souillé ; le consul Décius se jetant, tête baissée, dans les bataillons de l'armée Latine, pour réaliser le songe de la veille qui prédit la victoire à l'armée dont le général se fera tuer dans la mêlée ; Régulus, reprenant ses chaînes et allant s'offrir au supplice, pour ne pas violer la foi jurée ; Caton d'Utique, vaincu, tournant contre lui-même son épée, désormais impuissante à sauver la République, et jetant à la vie, qu'il s'apprête à quitter, cette parole de souverain mépris et de superbe indifférence : « Maintenant je suis mon maître. »

Eh ! quoi, les Romains ne craignaient donc pas ? Non ;

et c'est eux que plus tard, le poète fera revivre, comme pour les glorifier, dans cette sublime exaltation du Juste, inébranlable en ses desseins :

..... Si fractus illabatur orbis,
Impavidum ferient ruinæ.

Ils ne craignaient pas ; aussi, la loi des douze tables ne sentit point la nécessité de venir à leur secours.

Il interroge le dernier siècle de la République. Rome fait la conquête de l'Orient qui se venge, en lui infiltrant la dissolution des mœurs. L'abaissement des caractères en est la conséquence. Les Romains, qui étaient jadis impassibles devant les armées ennemies, tremblent maintenant devant le proscripteur Sylla.

La crainte fait alors son apparition ; le préteur en fera bientôt la base de rapports juridiques.

Il interroge enfin l'Empire et aperçoit les principes d'une saine philosophie, rapportée de la Grèce conquise, essayer de remonter le courant du vice qui croît avec le succès des armées. C'est la philosophie stoïcienne.

Elle prêche les idées d'humanité, met sur les lèvres de Sénèque (Lettre IX) cette belle parole : « Je veux un ami afin d'avoir quelqu'un pour qui je puisse mourir ; » fait saluer du nom de *Pieux* l'empereur Antonin, pour les actes qu'elle lui inspire, et suggère cette maxime à Marc-Aurèle : « Ce qui n'est pas utile à l'essaim n'est pas non plus utile à l'abeille. » (Marc-Aurèle, L. VI, § 54.)

Elle admet la vertu comme le seul but auquel l'homme doive tendre, et fait consister la vertu dans la pleine possession de soi-même : l'homme devait résister à tout ce qui n'était pas sa raison et sa volonté :

« *sequere naturam* » lui disait-elle. Elle permettait le suicide parce que c'est être vertueux que de savoir mourir.

Il suivait de là que la douleur, pour les stoïciens, n'était qu'un mot : on n'y devait pas céder; par suite on ne devait pas craindre.

Tels étaient les principes du stoïcisme primitif, du stoïcisme pur.

La morale chrétienne ne tarda point à en adoucir la trop grande rigueur. (Jules Simon, *Du devoir ;* pages 95, 410, 443.) Le stoïcien ne dit plus : « il n'y a pas de douleur. » La douleur, il en reconnaît l'existence ; elle doit être la bienvenue dans certains cas ; il faut se roidir contre elle dans la mesure du possible.

Ce stoïcisme épuré qui a laissé de si profondes traces dans les œuvres des écrivains et des jurisconsultes de l'empire, a eu une influence considérable sur le droit Romain, surtout en ce qui concerne la crainte.

On admet qu'on peut lui céder, mais seulement dans les cas insurmontables. Enfin, le principe était posé ; on ne pouvait pas, du premier coup, réaliser l'idéal ; c'était aux législations postérieures à achever l'évolution commencée.

Voilà un aperçu général des différents points de vue sous lesquels on peut envisager la crainte, et qui devait nous servir de prélude.

Notre étude, on le comprend, ne la retient qu'au point de vue du droit ; si parfois nous abordons le terrain de la philosophie ou de l'histoire, nous le ferons toujours d'un pied discret.

La crainte est quelquefois le fruit de la violence, de la menace ; c'est Sextus Tarquin disant à Lucrèce : Je

vous tue, place à vos côtés un esclave égorgé et vous fais passer pour adultère, si vous ne vous donnez à moi.

La crainte est, d'autres fois, le fruit de terreurs imaginaires. Les Romains ne tenaient aucun compte de celle-là ; *si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur*. (L. 7, IV. II.)

Il y a une très grande connexité entre la violence et la crainte. La première est souvent la cause de la seconde, mais pas toujours cependant ; la crainte révérentielle, par exemple, dérive de l'obéissance, du respect et non de la violence.

Ce que nous appelons « la violence » ne correspond pas exactement à ce que les Romains nommaient la *vis*.

La *vis* est beaucoup plus compréhensive que la violence. Elle comprend : 1° la coercition qui réduit l'agent à l'état d'instrument inconscient : par exemple, vous prenant la main, je vous fais signer de force ; vous prenant la tête, je vous fais faire un signe d'assentiment ; ou encore, je vous retiens de force pour que votre présence équivale à un consentement tacite. (L. 1, § 1, XXVI. VIII.) 2° La pression exercée uniquement sur notre volonté par un tiers ; je vous tue si vous ne me livrez pas telle chose. 3° les considérations purement internes, purement imaginatives qui nous font craindre, par exemple, la peur des fantômes, le sentiment du respect et de l'obéissance que nous devons à nos parents.

Dans le premier cas, la *vis* est dite *compulsiva ;* il n'y a pas crainte, parce qu'il n'y a pas consentement.

C'est dans ce sens qu'elle est prise lorsqu'on l'oppose à la *metus*.

Dans le second cas, elle est dite *impulsiva*. Cette *vis* engendre la crainte parce qu'elle ne met point obstacle au consentement.

La violence, dans le Droit Français, ne comprend que la pression de volonté (art. 1111, 1112), et la coercition (art. 332, al. 3, C. Pén.).

Au point de vue de son objet, la crainte se divise en *principale* et *incidente*.

La crainte est principale, lorsqu'elle est la cause déterminante d'un contrat : par exemple, si vous ne me vendez pas votre maison, je vous tue.

La crainte est incidente lorsque, sans être la cause déterminante du contrat, elle a pour effet d'en aggraver les conditions.

Nous dirons, sans plus de détails, pour le moment, que la personne violentée peut, si elle veut, sortir de la situation que la crainte lui a faite; le préteur vient à son secours dans son édit ; grâce à cette intervention, elle sera considérée comme n'ayant jamais eu de rapports avec l'auteur de la *metus*.

La violence et la crainte (celle dont le préteur s'occupe) sont entre elles inséparablement unies, comme l'effet et la cause ; à ce point unies qu'on sent l'embarras du législateur Romain, devant la nécessité de donner un nom à l'action dont il protègera les victimes de la crainte. L'appellera-t-il *actio propter vim* ou *propter metum ?* A l'origine, le préteur la dota des deux noms à la fois : *Olim ita edicebatur : Quod vi metuve gestum erit ratum non habebo* (L. 1, iv. ii.) Plus tard, une rectification, fruit de l'analyse, surgit

dans l'édit ; il n'y est plus fait mention que de la crainte : *quod metus causa gestum erit ratum non habebo.* Cette modification était logique. En effet, l'acte imposé par la violence n'existe pas ; il peut avoir les apparences matérielles de l'existence, mais le souffle lui manque, parce qu'il émane de la force et non de notre volonté libre, la seule cause génératrice de nos droits et obligations : *imponet « necessitatem contrariam voluntati.»* (L. 1, h. t.) Le préteur qu'avait-il donc besoin de dire : *quod vi gestum erit ratum non habebo ?* C'était inutile. Il l'eût voulu, qu'il n'était pas en son pouvoir de ratifier un acte inexistant. La suppression du mot *vis*, dans l'édit, était donc fort rationnelle.

Aussi peu la violence y était à sa place, autant la crainte y trouvait la sienne. La violence est exclusive du consentement, la crainte le laisse subsister, mais l'altère par le trouble qu'elle jette en notre esprit tout obsédé de la vision de dangers imminents ou éloignés qui nous menacent, nous ou les nôtres : *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione.* Le consentement subsiste : *coactus volui, sed volui* (L. 21, § 5, h. t.). Quelle que fut l'horreur du danger qui planait sur ma tête, je pouvais résister ; la mort m'eût frappé peut-être, mais ma volonté fût restée inflexible. Au lieu de cela, je cède à la terreur ; donc je consens. « Vendez-moi cet objet, me dites-vous, sinon je vous tue. » J'avais le choix entre l'aliénation et la mort. J'ai pris le premier parti, pouvant m'y soustraire par la mort, donc j'ai consenti. L'acte existant, mais dérivant d'une volonté violentée, peut être ratifié, confirmé, comme aussi ne pas l'être. On com-

prend donc que le préteur ait pu dire : *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

Nous ne sommes entrés dans tous ces details que pour faire ressortir ces mœurs intrépides, ce caractère farouche et indomptable que supposait aux hommes la législation Romaine, ou pour mieux dire, le Droit civil. Le vieux Droit Quiritaire faisait complètement abstraction des faiblesses humaines ; pour lui, tout *Vir* était pétri de la chair du héros. C'était la raison, le courage, le dévouement, en un mot toutes les vertus incarnées en lui. Doctrine stoïcienne pleine de grandeur, mais aussi pleine d'illusions ! La législation civile en était le précurseur. C'est à elle surtout qu'on peut appliquer ces paroles de M. Accarias, à propos du droit honoraire : « On la croirait faite pour un peuple de philosophes ! »

Le préteur, heureusement, était mieux placé pour se faire une idée exacte de la société. Planant dans le domaine abstrait de la Raison et de la Vérité éternelles, le législateur entrevit l'homme tel qu'il aurait dû être et non pas tel qu'il était. A une pareille hauteur, vu à travers les nuages de la philosophie, il apparaît transformé, ses imperfections échappent. Rampant au sein de la société, coudoyant les êtres qui la composent, vivant de leur vie, mêlé à leurs contestations, témoin de leurs vertus, mais aussi de leur faiblesse, le préteur les connaît mieux. Il lui appartient de rétablir l'équilibre ; ce ne sont pas les hommes qui doivent être mis au niveau de la législation, c'est la législation qui doit être mise au niveau des hommes. Telle était la mission du préteur. Il la remplit tout spécialement en ce qui concerne la crainte. « Vous n'admettez pas que

l'homme cède à la crainte, dit-il au Droit civil ; vous le connaissez mal. Il est des impressions qu'il ne peut surmonter ; il faut le protéger contre des défaillances qu'il n'est pas en son pouvoir de maîtriser. Aussi vais-je, l'équité pour guide et pour excuse, corriger votre trop grande rigueur, en donnant à la victime de la crainte une arme lui permettant de reconquérir l'objet arraché à son trouble, à son émotion. C'est l'action *quod metus causa*.

Tel est son fondement ; étudions son origine. « Elle naquit d'une réaction contre un régime exceptionnel » (Accarias, n° 845), la dictature de Sylla. Une certaine catégorie de citoyens, soumis au régime de la Terreur, s'étaient dépossédés. Les créatures de Sylla reçurent leurs biens en partage. Des titres de propriété, tels que violences, menaces, commandées ou simplement tolérées par le despote, étaient trop criards pour ne pas, en temps d'accalmie, attirer l'attention des magistrats, dispensateurs de la justice. C'est ce qui arriva. Cnœius Octavius, qui fut consul en l'an 674, voulant reconstituer sur la tête de ces citoyens une propriété dont ils ne s'étaient dépouillés que moralement contraints et non pas bénévolement, imagina l'action *quod metus causa ;* elle leur permit de recouvrer sinon les biens mêmes qui la composaient, du moins leur équivalent. Primitivement limitée à ce cas particulier, elle fut, dans la suite, étendue par le préteur à tous les cas analogues. N'était-il pas équitable de venir au secours de tous ceux dont la liberté morale avait été enchaînée par la crainte, quel qu'en fut l'auteur ?

L'action *quod metus* ne fut pas la seule mesure de protection accordée aux victimes de la crainte. Il y

avait, en outre, l'exception *metus*, et la *restitutio in integrum ob metum*.

L'action et l'exception paraient aux exigences de situations différentes. On recourait à l'action quand la *res* était *perfecta*, c'est-à-dire lorsque la promesse faite *metu* avait été exécutée; on recourait à l'exception lorsque la *res* était *imperfecta*, c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait pas encore eu exécution de la promesse. La loi 9, § 3 (h. t.) nous montre le dissentiment de plusieurs jurisconsultes sur la question de savoir si, la *res* étant *imperfecta*, on n'avait pas, à la fois, l'action et l'exception. D'après Pomponius, l'exception seule était accordée; à quoi bon l'action, tant qu'on ne vous a pas forcé à vous dépouiller? Mais Ulpien ne partage pas cet avis. La victime de la violence cumule l'exception et l'action. L'action peut, en effet, lui être infiniment utile; si vous ne lui permettez pas de prendre les devants, vous lui faites courir le risque de perdre, pour l'avenir, les moyens de preuve dont elle dispose actuellement; ses témoins, par exemple, peuvent mourir; et alors, la voilà complètement désarmée quand on viendra, plus tard, lui réclamer l'exécution de la promesse faite *metu*. C'est cette dernière opinion qui avait prévalu.

La *restitutio in integrum ob metum* et l'action *quod metus* se ressemblent par certains côtés; ainsi toutes deux sont *in rem conceptæ*, peuvent être intentées contre les tiers détenteurs. Elles diffèrent par certains autres : 1° la *restitutio* fait obtenir la chose extorquée *metu*, elle remet les choses dans l'état primitif, tandis qu'à l'aide de l'action, on n'obtient qu'une indemnité (L. 9, § 4, h. t.); 2° l'action *quod*

*metus* fait concourir le demandeur avec les créanciers du défendeur ; la *restitutio* le met, au contraire, hors concours.

On a beaucoup discuté sur l'ordre chronologique de ces trois recours ; on admet généralement que l'exception est contemporaine de l'action ; l'accord cesse au sujet de la date de la restitution *ob metum*. Elle aurait, d'après les uns, précédé l'action ; d'après les autres, elle l'aurait suivie. Nous considérons comme stériles toutes les controverses qui s'agitent sur le terrain mouvant de la conjecture ; or, la discussion que nous rappelons n'a pas d'autre champ ; aucune donnée certaine, aucun criterium sûr. D'autre part, l'intérêt pratique est nul. Nous passons donc, sans nous arrêter.

Nous arrivons à l'exposé d'une question vraiment intéressante, qui a fait l'objet des préoccupations du commentateur : Quel est l'effet de la *metus* sur les actes juridiques ? Les rend-elle complètement inexistants dans certains cas, simplement annulables dans d'autres ; ou bien, sans jamais faire obstacle à leur existence, les rend-elles toujours annulables ?

Il n'est pas besoin d'insister sur la différence de l'acte inexistant et de l'acte annulable.

L'acte inexistant est celui qui est dépourvu des conditions de l'être, comme le consentement. Le juge, sollicité par les tiers, n'annule pas en vertu de son pouvoir ; il constate une nullité et la déclare. L'acte annulable est celui qui existe, mais qu'un vice rend susceptible de rescision. Ici, le juge ne constate plus, il prononce la nullité.

Cette question, que nous avons déjà effleurée, domine toute la théorie de la crainte. Pour ce motif, nous en

plaçons l'examen au seuil même de notre étude sur l'action *quod metus causâ*.

Glück (T. v, § 444, P. 468-469) rapporte l'opinion de certains auteurs qui distinguent entre les actes qui ne sont pas des contrats et les contrats eux-mêmes. La *metus* rend complètement inexistants les actes qui ne sont pas des contrats comme, par exemple, l'adition d'hérédité, l'*auctoritas tutoris*, le testament, l'affranchissement.

Tout en rejetant cette distinction, Glück en propose une autre ; la *metus* rend simplement annulables les contrats de droit strict.

En ce qui concerne les contrats de bonne foi, la *metus* provoque-t-elle le contrat lui-même, ce contrat est inexistant ; la *metus*, sans être la cause déterminante du contrat, a-t-elle seulement pour effet d'en aggraver les conditions, il n'est qu'annulable. Voilà, dans son ensemble, la théorie de Glück ; c'est l'assimilation complète de la crainte et du dol. Il nous reste maintenant à l'examiner en détail et à discuter les textes sur lesquels s'appuie le célèbre commentateur. Nous passerons successivement en revue lés textes qui sont relatifs : 1° aux actes qui ne sont pas des contrats ; 2° aux contrats de droit strict ; 3° aux contrats de bonne foi.

I. — *Les actes qui ne sont pas des contrats accomplis sous l'empire de la* metus *sont inexistants.*

1. — (L. 6, § 7, XXIX. II). Un individu, cédant à des menaces, fait *adition d'hérédité ;* or, dit le texte cité, il ne devient pas héritier s'il est libre ; il ne rend

pas son maître héritier s'il est esclave. Donc, l'adition faite *metu* est inexistante.

Ce raisonnement repose sur une fausse interprétation de la loi 6, § 7. Il y est question d'un individu qui fait *semblant* de faire adition (*fallens adierit hereditatem*), mais qui ne la fait pas en réalité. La cause d'inexistence de l'adition est donc le défaut d'acte posé et non pas la *metus*. D'ailleurs, la loi 21, § 5 (IV. II), qui parle d'une adition réelle et non supposée, dit qu'elle rend héritier celui qui l'a faite ; seulement, elle l'autorise à s'adresser au préteur pour se faire restituer. Elle existe donc, puisque le *metu coactus* ne peut se soustraire aux conséquences de cette adition, qu'en faisant appel à l'autorité des magistrats.

2. — (L. 1, § 1, XXVI. VIII). L'acte fait en présence du tuteur, retenu par la violence, *non valet ;* il n'y a pas d'*auctoritas*, la violence la rend inexistante. Cette loi est tout à fait étrangère à notre hypothèse. Il y est question d'un cas de contrainte physique, exclusive de consentement, et non d'un cas de *metus* le laissant subsister. Donc, la cause d'inexistence de l'*auctoritas*, c'est la violence et non pas la *metus*.

3. — (L. 20, L. XVI). *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus.* Or, l'édit du préteur accorde l'action *quod metus* pour les actes qui *metu* GESTA *sunt*. Donc, le testament fait *per vim*, ne pouvant pas être rescindé par l'action *quod metus*, doit être déclaré inexistant.

Nous répondons d'abord que la question doit être résolue par les principes ; or, *coactus volui, sed volui*. C'en est assez pour que le testament fait *per vim* existe. De plus, le mot *gestum* est pris, dans l'édit du préteur,

dans une acception tellement large, qu'on ne peut pas argumenter de la loi 20, pour exclure le testament fait *per vim*, du champ d'application de l'édit.

4. — (L. 17, XL. IX). L'esclave que le maître affranchit sous la pression d'une émeute populaire, n'est pas libre. Donc, l'affranchissement fait *metu* est inexistant. Ce fragment, loin d'être favorable à l'opinion que nous discutons, la combat au contraire. En effet, c'est depuis un rescrit de Marc-Aurèle que l'affranchissement *ex acclamatione populi* est considéré comme inexistant. Donc, avant cet empereur, les affranchissements faits *metu* avaient une existence légale ; c'est que, d'une manière générale, sauf disposition contraire dans la loi, les actes accomplis *metu* sont existants. De plus, cette exception aux principes était commandée par la nécessité même des choses, l'irrévocabilité de l'affranchissement. Il fallait, d'un côté, protéger les maîtres contre leurs esclaves, d'un autre côté, respecter la règle que « la liberté, une fois donnée, ne pouvait plus être reprise. » Il n'y avait qu'un moyen de concilier ces divers intérêts : dénuer de tout effet l'affranchissement accompli sous l'empire de la crainte. Ce n'est donc pas tant la *metus* que l'impossibilité de rescinder l'acte, qui l'a fait déclarer absolument nul.

5. — On tire la même conclusion de la loi 9 (XL. IX). Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette loi ; il y est question d'un affranchissement simulé et non véritable. Un esclave veut, par la crainte, forcer son maître à l'affranchir. *Ille perterritus scripsit eum liberum esse.* Constater, dans un écrit, que tel esclave est libre, ce n'est pas du tout l'affranchir ; c'est prendre

un détour adroit pour se tirer d'une situation critique, à bon marché.

Si donc la *manumissio*, dans ce cas, est inexistante, c'est non par suite de la *metus*, mais par suite du défaut de manifestation de la volonté d'affranchir.

Donc, l'examen attentif de toutes les lois que nous venons de parcourir nous montre que la conclusion des auteurs cités par Glück (en ce qui concerne les actes ne constituant pas des contrats) ne s'évince d'aucune d'elles.

Prenant à notre tour l'offensive, nous énumèrerons une série de textes qui prouvent bien l'existence d'actes ne rentrant pas dans la catégorie des contrats et accomplis sous l'empire de la crainte, puisque l'intervention du préteur est nécessaire pour soustraire à leurs conséquences les victimes de la *metus*. Ainsi, de la répudiation d'une hérédité faite par crainte (L. 26, § 6, IV. II) ; ainsi de l'adition intervenue dans les mêmes circonstances (L. 21, § 5, IV. II).

II. — *Les contrats de droit strict, accomplis sous l'empire de la* metus, *sont simplement annulables.* — Personne ne conteste ce point, car un contrat de droit strict existe dès qu'on a recouru à la forme exigée pour ce contrat.

III. — *Les contrats de bonne foi sont nuls s'ils ont été provoqués par la* metus ; *ils sont annulables si la* metus *n'a eu pour objet que d'en aggraver les conditions.* — La distinction qui est généralement faite pour le dol, Glück la transporte purement et simplement dans la matière de la crainte. Avant d'aborder les textes,

on peut dire que le caractère même du dol rend cette assimilation impossible. On ne peut pas, ici, raisonner par analogie du dol. Le caractère infâmant qui s'attache à ce dernier, explique pourquoi la loi est moins prodigue de l'action *de dolo* que de l'action *quod metus*.

Sur quels textes Glück appuie-t-il son assertion?

1. — D'abord sur la loi 5 (C. II. XX). Lorsque, pressé par la violence, je suis forcé de vous vendre une chose pour un prix inférieur à sa véritable valeur, le préteur me viendra en aide. — Ce texte parle bien de la violence quant aux conditions du contrat, mais il ne justifie en rien la distinction proposée par Glück ; car, s'il dit que le contrat est annulable lorsque la *vis* a pour effet d'imposer, à l'une des parties contractantes, des conditions plus dures que celles auxquelles elle souscrirait si elle était libre, il ne dit nullement que le contrat est inexistant lorsque la violence est principale, c'est-à-dire est la cause déterminante du contrat. Il corrobore, au contraire, notre opinion, puisque nous admettons l'annulabilité du contrat dans le cas de violence incidente, tout aussi bien que dans celui de violence principale.

2. — (L. 14, § 3, IV. II). Un argument fort spécieux tend à justifier l'assimilation de la violence et du dol. Celui qui a usé de violence, dit le fragment, pourra être poursuivi, au choix de la victime, par l'action de dol ou par l'action *quod metus*. La violence et le dol, c'est donc la même chose, dit Glück ; par conséquent, on doit faire pour la première la distinction admise pour le second.

Certainement la violence est un dol et nous comprenons que le coupable soit soumis à l'action *de dolo* ;

mais aucun texte ne distinguant la violence, par analogie du dol, en violence principale et incidente, nous dirons : si l'on considère la violence comme un dol, la distinction proposée par Glück sera admissible ; la considère-t-on comme un fait *sui generis* différent du dol, cette distinction ne peut être admise. La loi 14, § 3, suggère, d'elle-même, l'objection suivante : l'action de dol n'est donnée qu'à défaut de toute autre action; comment se fait-il que la victime de la violence qui a l'action *quod metus* à son service, ait aussi l'action de dol? Ces deux actions naissant du dol (puisque la violence est un dol), le législateur les a probablement considérées comme n'en faisant qu'une seule.

3. — (L. 21, § 3, IV. II). Cependant Glück croit trouver la preuve de l'inexistence des contrats de bonne foi, déterminés par la crainte, dans la loi 21, § 3. Faisant allusion à la promesse de dot faite *per vim*, le texte ajoute : « nec talem promissionem dotis ullam esse. » Donc les contrats de bonne foi, déterminés par la crainte, n'ont pas d'existence légale. Nous répondons que les mots ci-dessus rapportés, ne doivent pas être traduits : « il n'y a pas d'obligation ; » leur vrai sens est le suivant : « il y a une obligation rescindable. » Il en doit être nécessairement ainsi, car autrement, on est fatalement amené à conclure qu'un contrat de droit strict, entaché de violence, est absolument nul, ce que n'admettent ni Glück, ni ses contradicteurs. Il faut se rappeler, en effet, que la loi 21, § 3, est de Paul, et que du temps de ce jurisconsulte, la *promissio dotis* n'était plus un simple pacte, mais bien une stipulation.

Enfin, pour clore la controverse, nous invoquerons la loi 4 (C. II. XX), où il s'agit d'une vente, contrat de

bonne foi, arrachée par la violence. Elle est *annulable* et non pas absolument nulle, puisque la restitution de la victime n'est due qu'à l'intervention du préteur.

Vangerow (T. III, § 605) est du même avis.

L'analyse à laquelle nous venons de nous livrer nous amène donc à la conclusion suivante : jamais la crainte ne fait obstacle à l'existence de l'acte, elle le rend simplement annulable.

Sans doute, au point de vue psychologique, on peut discuter la maxime :« coactus volui, sed volui. » Quand, étant placé dans l'alternative de termes tous deux désagréables (l'aliénation d'une chose que je tiens à conserver et la mort), je consens à l'aliénation, on peut nier que la volonté détermine ce choix. La condition essentielle de la volonté, c'est la liberté. Or, autant la liberté subsiste quand on se trouve dans l'alternative de termes tous deux agréables, autant elle est anéantie dans l'hypothèse inverse. Quand, placé entre deux maux, j'accepte l'un pour éviter l'autre, c'est l'*instinct* de la conservation, dans un moment de déraison, de trouble, d'affollement, bien plutôt que la volonté, qui préside à ce choix. Par conséquent, à la rigueur, on peut admettre l'inexistence de l'acte fait sous l'empire de la crainte, comme émané d'un insensé, d'un *furiosus*. C'est la brute qui a agi, mais non pas l'homme. Or, ces considérations sont sans influence dans la question, parce que nous savons que les Romains ne les admettaient pas, imbus qu'ils étaient des principes de la philosophie stoïcienne. Pour eux, l'homme « devait rompre mais ne pas plier, » accepter les tortures, la mort même, mais ne pas trembler devant elles. Le préteur comprit, à la vérité, que cer-

taines impressions étaient au-dessus des efforts de volonté les plus puissants. Mais que voyait-il dans la crainte? Une pression, par suite une excuse et non pas l'anéantissement de la volonté. Moins austère que le Droit civil, le droit honoraire avait encore ses exagérations, puisqu'il n'admettait pas qu'on craignit pour sa fortune, pour ses biens. Ces idées devaient fatalement conduire le législateur de Rome à la théorie de l'annulabilité des actes faits sous l'empire de la crainte. Celle de l'inexistence eût été en contradiction complète avec ses vues sur la nature de l'homme.

## CHAPITRE PREMIER

### CARACTÈRES DE L'ACTION « QUOD METUS CAUSA »

De toutes les mesures de protection auxquelles la crainte a donné le jour, l'action *quod metus* fera l'objet principal de cette étude. Nous ne parlerons de l'exception *metus*, de la *restitutio in integrum ob metum*, que par occasion.

L'action *quod metus causa* est une action *in factum*, personnelle mais *scripta in rem, rei persecutoria*, arbitraire, pénale et de bonne foi.

C'est : 1° une action *in factum*. Car elle était donnée par le préteur dans un cas où le Droit civil ne l'accordait pas, et ne reconnaissait pas de rapports de droit entre les parties. Elle est fondée sur un fait illicite : la crainte résultant d'une violence injustement exercée.

C'est : 2° une action *personnelle*, en principe. Elle

sanctionne un droit de créance : elle permet au demandeur, en effet, d'exiger une prestation du défendeur.

Quelle est cette prestation ? Elle varie suivant la nature de l'acte juridique extorqué *metu*. Est-ce un acte d'aliénation, la prestation consistera dans un retransfert de propriété. Est-ce un acte d'obligation ? Elle consistera dans la remise de cette obligation, au moyen d'une acceptilation. Est-ce un acte de libération? Elle consistera dans une nouvelle promesse, un nouvel engagement.

Nous avons dit que cette action était personnelle *en principe*. C'est qu'en effet, pour des raisons que nous déterminerons plus loin, elle était *scripta in rem*. (L. 9, §§ 1 et 8 ; L. 14, § 3, IV. II.) Qu'est-ce que cela signifie ? Cela signifie que l'*intentio* ne contient que le nom du demandeur, alors que cette partie de la formule, dans les actions personnelles, doit contenir et le nom du demandeur et celui du défendeur. Au lieu d'être rédigée comme suit : « Si paret N. N. vim adhibuisse in A. A., » elle est ainsi composée : « Si paret vim adhibitam in A. A. » Par suite de cette circonstance, l'action *quod metus*, bien que personnelle, se rapproche beaucoup cependant des actions réelles puisque, comme ces dernières, elle donne un droit de suite au demandeur, qui peut l'intenter non seulement contre l'auteur de la violence, mais encore contre toute personne qui en aurait profité à son insu. Ce dernier point n'avait pas été accepté par tous les jurisconsultes. La loi 9, § 8 (IV. II), mentionne le dissentiment qui existait, à cet égard, entre Julien et Marcellus. Le premier n'admettait l'action *quod metus* que contre celui des obligés qui avait provoqué et obtenu l'acceptilation. L'opinion

du dernier avait prévalu, il suffit de lire la loi 10 (h. t.) pour s'en convaincre.

C'est : 3° une action *rei persecutoria* (L. 14, § 2 ; L. 16, § 2, IV. 11), puisqu'elle tend à faire rentrer dans le patrimoine du demandeur, une valeur qui en était sortie; le demandeur ne recouvre sa chose, toutefois, que si le défendeur satisfait à l'*arbitrium* du juge, sinon elle ne lui fait obtenir qu'une indemnité.

C'est : 4° une action arbitraire.

Or, les actions arbitraires se décomposent en deux phases, aboutissent à deux jugements ; le premier reconnaît le bien fondé, les prétentions du demandeur, détermine la satisfaction qui lui est due et intime au défendeur l'ordre de la fournir; le second absout le défendeur s'il s'exécute, le condamne dans le cas contraire.

Les actions arbitraires avaient pour but de faire obtenir sa chose au demandeur, qui ne voulait pas se contenter d'une indemnité pécuniaire. Le caractère arbitraire fut attaché à l'action *quod metus causâ* afin de permettre au défendeur d'éviter une condamnation vraiment exorbitante, en se soumettant à l'*arbitrium* du juge. (L. 14, § 1, IV. 11.)

Nous renvoyons à une section ultérieure, les détails de la restitution exigée par l'*arbitrium*, et de la prestation résultant de la *condemnatio*.

C'est : 4° une action *au quadruple* (L. 14, §§ 1 et 14, h. t.).

La violence est un dol d'une gravité particulière, parce qu'elle tend à troubler la tranquillité, la paix publique; elle devait entraîner, par conséquent, une peine exemplaire. Cependant, elle se réduit au simple, après l'expiration de l'année utile. (L. 14, §§ 1 et 2, h. t.)

C'est : 5° une action *pénale* jusqu'à concurrence des trois quarts. Elle perd ce caractère après l'expiration de l'année utile.

C'est : 6° une action *de bonne foi*, parce qu'elle permet au juge de tenir compte des obligations réciproques du demandeur et du défendeur.

La violence constitue un dol d'une gravité exceptionnelle, surtout au point de vue social. Or, comment se fait-il que l'action *quod metus* ne soit pas *famosa* comme l'action de dol ? Nulle part les textes ne donnent la raison de cette différence. Elle s'explique néanmoins. De deux choses l'une : ou le défendeur est innocent de la violence, et il serait inique que l'action *quod metus*, dirigée contre lui, le frappât d'infamie ; ou le défendeur est l'auteur de la violence et il était inutile de faire dériver l'infamie qu'il a méritée, de l'action *quod metus*. Car le plus souvent, une loi criminelle, comme la loi *Julia de vi* (L. 152, Pr. L. XVI. L. 17, XLVIII. I.), sous le coup de laquelle tomberont les faits générateurs de la crainte, le flétrira de l'infamie ou de quelque autre déchéance encore plus forte (*Accarias*, II, n° 845. Note 1).

## CHAPITRE II

### DES CARACTÈRES QUE DOIT REVÊTIR LA CRAINTE POUR DONNER NAISSANCE A L'ACTION « QUOD METUS CAUSA »

L'action *quod metus* ne résulte pas d'une crainte quelconque ; la crainte *légale*, celle réunissant les con-

ditions déterminées par la loi, y donne seule naissance. Il faut : 1° qu'elle soit la cause déterminante d'un acte préjudiciable à la victime. Il n'est pas besoin d'insister sur ce premier caractère. Les lois 12, §§ 1 et 2; 14 pr. (IV. II) nous citent des cas où la victime est dépourvue d'action, parce que la *metus* ne lui cause aucun préjudice pécuniaire. Ainsi, un débiteur, protégé par une exception perpétuelle, se fait faire acceptilation *metu* (1); quel préjudice cette acceptilation fait-elle subir au créancier? Aucune, puisque, en son absence, il n'aurait pu davantage obtenir le montant de sa créance. Il en est de même, lorsqu'un créancier recourt à la violence pour se faire payer ce qui lui est réellement dû ; de quel droit ce débiteur demanderait-il une restitution ? Il a payé ce qu'il devait.

Quelle doit être la nature de cet acte préjudiciable ? Un acte préjudiciable quelconque — un acte juridique ou un fait matériel — accompli sous l'empire de la *metus*, donne-t-il lieu à l'action ?

M. Accarias (t. II, n° 845), s'appuyant sur la loi 9, § 2 (h. t.), la résout par une distinction chronologique. Dans le premier état du droit prétorien, les actes juridiques, et, parmi les actes juridiques, ceux-là seuls qui pouvaient être rescindés, donnaient naissance à l'action *quod metus*. Dans la loi précitée, il s'agit d'un individu qui, *metu*, a affranchi son esclave ou démoli un de ses bâtiments; Ulpien emprunte ce fragment à Pomponius qui rapporte, comme n'étant pas généralement admise mais exacte, l'opinion que dans ces deux cas, le

(1) Le débiteur peut avoir intérêt à substituer l'acceptilation à une exception perpétuelle, parce que, à la différence de celle-ci, elle le libère de plein droit.

maître de l'esclave, le propriétaire du bâtiment, pouvaient se faire restituer ; donc, antérieurement à Ulpien, ils ne le pouvaient pas. Or, la destruction d'un bâtiment, c'est un fait matériel ; l'affranchissement, c'est un acte juridique mais non rescindable, parce que la liberté est irrévocable. Deux *conclusions* à tirer de ce texte : 1° antérieurement à Ulpien, les faits matériels préjudiciables ou les actes juridiques non susceptibles de rescision ne pouvaient pas donner naissance à l'action *quod metus* ; 2° par *à contrario*, seuls les actes juridiques rescindables pouvaient l'engendrer. Dans le dernier état du droit prétorien, elle naissait et des actes juridiques et des faits matériels. C'est qu'en effet, l'opinion de Pomponius avait prévalu ; la preuve en est dans l'approbation que lui donne Julien et dans son insertion au *Digeste* (1). La loi 9, § 2, statuant sur deux cas particuliers et n'ayant pas pour but de répondre à la question que nous avons posée en termes géné-

(1) Comment s'expliquer que l'affranchissement soit rescindable, lorsque la liberté est irrévocable ? Les lois 9 pr. et 17 (XL. IX). par respect pour le principe de l'irrévocabilité de la liberté, déclarent que l'affranchissement fait *metu* est de nul effet. Comment concilier, avec elles, la loi 9, § 2 (IV. II), qui déclare l'affranchissement fait *metu* simplement annulable puisqu'elle le déclare susceptible de rescision? M. Massol (à son cours) pense que les lois 9 et 17 visent le cas où l'esclave a usé lui-même de violence envers son maître ; que la loi 9 § 2 (IV. II) vise le cas où c'est un tiers qui a usé de violence pour faire affranchir l'esclave. Le droit civil n'avait prévu que le premier cas ; les intérêts du maître sont sauvegardés par la nullité absolue de l'affranchissement, et le principe de l'irrévocabilité de la liberté aussi. Il n'avait pas prévu le second cas, de sorte que l'affranchissement, dans le cas de violence émanée d'un tiers, était existant. L'application du principe de l'irrévocabilité de la liberté, en cette espèce, eût mis les maîtres à la merci de leurs esclaves, qui n'auraient eu qu'à s'entendre avec des tiers, pour obtenir la liberté. C'est pour combler une lacune du Droit civil et dans un intérêt d'ordre public, que le préteur, obligé d'admettre l'existence de l'affranchissement, admit aussi qu'il pourrait être rescindé.

raux, nous nous demandons si les déductions de M. Accarias sont bien sûres?

Il faut : 2° que la crainte soit causée par un tiers.

En d'autres termes, elle doit être *objective*, c'est-à-dire avoir une cause extérieure au *de cujus* (menaces faites par un tiers), et non *subjective*, c'est-à-dire avoir son principe dans l'esprit du *de cujus*. Le principium de la loi 21 (h. t.) fait très bien ressortir cette précision. Une affranchie a conscience de son ingratitude envers son patron ; sentant sa liberté chanceler (cum de suo statu periclitabatur), elle veut conjurer par des présents, par des promesses, le retour de la servitude qui la menace. Peut-elle se faire restituer par l'action *quod metus*? Non, nous dit le texte, parce que « hunc sibi metum ipsa infert. »

Il faut : 3° que la crainte soit causée injustement.

Les jurisconsultes Romains se servaient d'une autre expression ; la crainte, disaient-ils, doit être *atrox* (L. 3, § 1 ; h. t.). Ils entendaient par là celle qui avait sa source dans des faits contraires aux bonnes mœurs et à la loi. On ne pouvait donc se prévaloir de l'édit du préteur, lorsqu'on avait agi sous l'empire d'une crainte provoquée par de légitimes menaces. Si vous ne me payez pas, je vous fais emprisonner, dit un créancier à son débiteur ; celui-ci peut-il exciper de la *metus ?* Non, car il n'est victime d'aucun préjudice. Cependant, comme on ne peut se faire justice à soi-même, le débiteur envers qui l'on aurait usé de procédés arbitraires, tels que la violence, au lieu et place de poursuites judiciaires, pourra demander, contre son créancier, l'application de la loi Julia *de vi* (L. 12, § 2 ; h. t.). Je ne pourrais pas davantage trouver une cause de restitu-

tion, dans la crainte inspirée par l'autorité d'un magistrat sagement exercée (L. 3, § 2; h. t.).

Il faut : 4° que la crainte résulte de la perspective d'un mal de nature à faire impression sur l'homme le plus ferme. C'est la loi 6 (h. t.) qui nous l'apprend. Elle est, comme on le voit, tout empreinte de cette mâle philosophie de Zénon, qui avait le tort de faire de l'homme un pur esprit, inaccessible aux tortures physiques; moins héroïque, mais aussi plus vrai, le législateur Français a pensé qu'il fallait faire aux faiblesses humaines une plus large part ; aussi n'a-t-il pas exclusivement réservé sa protection à ces âmes d'élite, qui ne le cèdent à la crainte, que lorsque la mesure est comble ; prenant le niveau moyen du caractère et de l'énergie de l'ensemble des hommes, il protège indistinctement tous ceux qui ont succombé sous un effort supérieur à la force résistante de cette énergie, de cette force morale communes (art. 1112).

Deux points doivent arrêter ici notre attention : le caractère que doit revêtir le mal et la détermination des personnes que ce mal doit viser, pour justifier la crainte.

A. — *Quels caractères doit revêtir le mal pour justifier la crainte ?*

Le mal doit se référer à la personne et non pas aux biens; il doit l'atteindre dans son corps plutôt que dans sa considération.

*Le mal doit se référer à la personne ;* la loi 3 (h. t.) ne laisse aucun doute à cet égard.

Si la menace est dirigée contre les biens, c'est par la

*condictio ob turpem vel injustam causam* et non l'action *quod metus*, qu'on peut se faire restituer (L. 2, §§ 1, 2 et L. 4, § 2; XII. V). Or, il y a grand intérêt à savoir si l'on peut user, dans ce dernier cas, de l'action *quod metus* ou de la *condictio;* la *condictio* est, en effet, de droit strict et n'oblige le défendeur à restituer que ce dont il s'est enrichi, tandis que l'action *quod metus* est de bonne foi et indemnise complètement le demandeur.

C'est encore là une différence à noter entre le Droit Romain et le Droit civil Français. La violence, nous dit l'art. 1112, est une cause d'annulabilité du contrat lorsqu'elle inspire à une personne « la crainte d'exposer sa personne ou sa *fortune...* » Cette rigueur du Droit Romain s'explique encore par l'influence de la doctrine stoïcienne, qui mettait le mépris des richesses au nombre de ses préceptes. Au point de vue pratique, et c'est celui qui doit dominer dans une législation destinée à régler les contestations humaines, on a quelque peine à saisir qu'on n'entoure pas d'une égale protection les atteintes contre la personne et celles contre la fortune. La personne, c'est-à-dire l'existence, et la fortune, c'est-à-dire le soutien de cette existence, ne sont-elles pas inséparablement unies dans la pensée et les affections de l'homme, comme le moyen s'attache indissolublement à la fin ? Aussi ne peut-on s'empêcher de louer les rédacteurs du Code civil, de cette heureuse innovation.

*Le mal doit atteindre la personne dans son corps.* Pomponius nous l'affirme. L'édit du préteur n'est applicable, nous dit-il (L. 3, § 1, h. t.), que : *si forte*

*mortis, aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.*

Poursuivons l'application de cette idée dans différents textes, dont la comparaison et le rapprochement sont pleins d'intérêt.

Une personne qui a, entre les mains, les titres constatant ma qualité d'homme libre, me menace de les détruire, si je ne lui compte pas une somme d'argent; je cède; ai-je l'action *quod metus?* Le jurisconsulte Paul répond affirmativement à cette question (L. 8, § 1, h. t.). La destruction de ces titres, c'est pour moi l'impossibilité de prouver ma liberté contre qui la conteste; c'est le retour à l'esclavage, c'est-à-dire la perte de ma personnalité, la soumission à toutes les ignominies et aux derniers châtiments. C'est là la plus légitime et la plus terrible des craintes, « non dubitatur quin *maximo metu* compellar, » dit le texte. La crainte de l'esclavage a donc une grande affinité avec celle des châtiments corporels; il n'est pas étonnant qu'on l'ait assimilée à celle de la mort et des verges.

La loi 21 (h. t.) met en scène une affranchie à qui pèse l'ingratitude dont elle s'est rendue coupable envers son patron; sous la pression de sa conscience, lui représentant la servitude comme une peine méritée, et d'un pressentiment qui lui fait craindre la réalisation de cet acte de justice, elle fait des présents à son patron, elle s'oblige envers lui; cette crainte, purement interne, est inefficace, nous l'avons vu, à lui procurer l'action *quod metus*; mais n'en devrait-il pas être autrement si la crainte, au lieu de venir de l'affranchie, vient des menaces du patron? Effectivement, il en devrait être autrement, nous semble-t-il. Il s'agit bien ici de cette

*maximus metus* dont nous parlait Paul à la loi précédente. Ah ! sans doute, les espèces ne sont pas identiques ; dans la loi 8, § 1, il s'agit d'un esclavage immérité ; dans la loi actuelle, au contraire, d'une servitude méritée. Mais qu'importe ? Vous pouvez me châtier, si vous le voulez ; ce n'est point la servitude qui est l'objet principal et direct du litige. La question est de savoir si, par la menace de servitude que je mérite, vous pouvez impunément obtenir de moi une chose que je ne vous devais pas, que je ne vous ai jamais due ? Eh bien, non ; ce que je vous ai donné, je vous l'ai donné *metu ;* or, dit le préteur dans son édit (L. 1, h. t.) *quod metus causâ gestum erit, ratum non habebo*. Donc, l'édit me permet de reprendre ce que je vous ai indûment donné. Songerait-on à nous opposer la loi 13 (h. t.) qui dénie l'action *quod metus* au débiteur qui a payé son créancier *metu ?* Nous répondrions qu'il n'y a pas d'assimilation possible ; car, moi affranchie, je ne suis point votre débiteur.

Une personne surprise en flagrant délit de vol ou d'adultère, donne à celui qui la surprend ou s'oblige envers lui, pour conjurer ses menaces ; peut-elle se faire restituer par l'action *quod metus causâ ?* Oui, parce qu'elle a agi sous l'empire de la crainte d'une mort que « l'accipiens » n'avait peut-être pas le droit, mais pouvait lui infliger, dans sa colère (L. 7, § 1, h. t.).

En serait-il de même si le voleur ou l'adultère donnent une somme d'argent à celui qui les surprend, pour qu'il ne les dénonce pas ? Oui, le § 2 de la même loi le décide ainsi, parce qu'ils ont agi sous l'empire de la crainte que leur inspiraient les châtiments qu'ils

auraient subis, au cas d'une dénonciation. Nous nous demandons si cette dernière décision est bien conforme aux principes. La crainte, ici, ne dérive pas de menaces, d'une cause extérieure ; elle a son fondement dans la contemplation interne, de la part de l'adultère ou du voleur, des châtiments réservés par la loi au crime. Dès lors, cette espèce ne se rapproche-t-elle pas singulièrement du cas où l'affranchie donne une somme d'argent à son patron, pour écarter la servitude qu'elle appréhende, sachant qu'elle l'a méritée par son ingratitude (L. 21, h. t.)? Il n'y a de menaces ni de la part du patron, ni de la part de celui qui surprend l'adultère ou le voleur. Et dès lors, ne devrait-on pas dire des criminels ce que la loi 21 dit de l'affranchie ? Il n'y a pas lieu de donner l'action *quod metus* « quia hunc sibi metum ipsi intulerunt ? » Quoiqu'il en soit, cela est certain, le § 2 leur applique l'édit.

Toutefois, au premier abord, ne semble-t-il pas que la *condictio ob turpem causam* devrait compéter à l'individu pris en flagrant délit, bien plutôt que l'action *quod metus ?* C'est bien, en effet, *ob turpem causam* qu'il s'est dépouillé, puisque c'est dans le but d'acheter le silence de l'accipiens, de l'empêcher de faire son devoir : dénoncer un malfaiteur. Cependant, on ne doit pouvoir se plaindre d'une action honteuse que tout autant qu'on n'y a point participé soi-même ; or, de quel droit le voleur, l'adultère reprocheraient-ils à l'accipiens d'avoir vendu son silence, lorsque c'est sur leurs instances ? Nous trouvons cette solution au titre : *de condictione ob turpem vel injustam causam*, dans la loi 4, § 1, où il est dit : « Item si dederit fur ne

deprehenderetur, quoniam utriusque turpitudo versatur, repetitio cessat. »

*En général, le mal qui atteint la personne dans sa considération ne suffit pas.*

On s'est demandé, à ce sujet, si la crainte de l'infamie suffisait pour donner lieu à l'action *quod metus?*

Bien que la loi 7 (h. t.) se prononce pour la négative, la question est néanmoins vivement controversée. Quelques auteurs, parmi lesquels nous citerons Noodt, distinguent : s'agit-il d'une menace vague (si vous ne me donnez pas telle somme d'argent, je vous fais passer pour infâme), la crainte de l'infamie ne donne pas lieu à l'action *quod metus ;* elle y donne lieu, s'il s'agit d'une menace précise (si vous ne me donnez pas telle somme d'argent, je vous accuse comme voleur). D'autres auteurs, de Savigny entre autres (Traité du Droit Romain, T. III, p. 111, note 10), admettent la négative sans aucune distinction. Cette opinion est, croyons-nous, plus exacte que la précédente. La doctrine stoïcienne n'admettait pas qu'un homme, ayant la conscience pure de toute action indigne, pût se laisser impressionner par l'imputation d'un fait mensonger ; la seule sentence à redouter était celle de la conscience ; il fallait mépriser celle de l'opinion publique. Tel nous paraît être l'esprit qui a animé le fragment 7 : « nec timorem infamiæ hoc edicto contineri, Pedius dicit. » D'ailleurs, la loi 3, § 1, nous montre d'une manière bien positive que les Romains ne tenaient compte que des menaces d'un mal qui avait directement le corps pour objet.

Cependant quelques adoucissements furent apportés

à la rigueur de ces principes ; ainsi, l'homme, la femme que la crainte d'un attentat à la pudeur auraient déterminés à se dépouiller, pourront répéter ce qu'ils ont donné, au moyen de l'action *quod metus*. Ce cas est bien différent du précédent. Céder devant la menace d'une calomnie peut être, jusqu'à un certain point, considéré comme une faiblesse, parce que la vertu est au-dessus de la calomnie ; céder à la crainte d'un attentat à la pudeur, cela se comprend au contraire, parce qu'un attentat de cette nature offense la vertu. Pour l'honnête homme, dit le texte, la crainte d'une pareille ignominie doit être cent fois pire que la crainte de la mort : « cum viris bonis iste metus major, quam mortis esse debet » (L. 8, § 2, h. t.).

On avait admis aussi que la crainte inspirée par les menaces d'une accusation capitale donnait ouverture à l'action *quod metus* (L. 7, C. II. XX). La gravité même de l'accusation et le trouble qu'elle apporte dans nos facultés, avait motivé cette exception.

B. — *Quelles personnes le mal doit-il viser pour que la crainte, naissant de sa perspective, donne ouverture à l'action « quod metus causa. »*

En d'autres termes, si le mal vise une personne autre que la victime de la crainte, celle-ci peut-elle répéter ce qu'elle a donné *metu?* Si le mal vise les enfants de la victime de la crainte, notre action est admissible, parce que les parents craignent plus encore pour leurs enfants que pour eux-mêmes (L. 18, § 3, h. t.).

Si le mal vise un des ascendants de la victime de la crainte, celle-ci peut-elle intenter notre action? Nous ne le croyons pas, attendu que les textes sont muets sur ce point. D'ailleurs, il est moins naturel de l'accorder au fils qui a craint pour ses père et mère, qu'aux père et mère qui ont craint pour leur fils; car, la crainte des enfants pour leurs parents est moins grande que celle des parents pour leurs enfants.

Donc, les termes de l'édit ne nous permettent pas d'intenter l'action *quod metus* dans le cas où nous aurions craint pour la tête d'une personne chère, en dehors de nos enfants. Il y a une lacune dans l'édit; il est évident qu'on devrait pouvoir tenir compte de la crainte inspirée par la vue d'un mal menaçant l'existence de notre épouse, de nos frères, nos sœurs, etc... En fait, le préteur venait-il au secours de la victime de la crainte, dans ces divers cas? Peut-être, dit M. Accarias. L'absence des textes nous empêche d'être plus affirmatif.

Il faut : 5° que la crainte soit présente.

Cela veut dire que les faits générateurs de la crainte doivent être accomplis; l'appréhension de ces faits est insuffisante; il faut qu'ils soient passés dans le domaine des choses existantes. La loi 9 (h. t.) nous donne un exemple d'où ressort à merveille le sens de ces mots : *metus præsens*. J'apprends que des hommes armés doivent venir chez moi; je puis prendre deux partis : les attendre de pied ferme et fuir, sous l'impulsion de la crainte que me cause leur présence, leur attitude; ou fuir sans les attendre, sans m'être trouvé, un seul instant, face à face avec eux. Dans le premier cas, il y

a véritablement crainte, parce que des faits (l'envahissement de ma demeure, la vue d'armes) l'ont engendrée. Aussi puis-je, par l'action *quod metus,* obtenir une restitution. Dans le second cas, il n'y a pas crainte, au sens légal du mot, parce qu'aucun fait précis ne l'a engendré ; il y a une simple appréhension née de la rumeur publique. Je n'ai pas l'action *quod metus.* Mais n'ai-je pas, au moins, l'interdit *unde vi?*

C'est là une question qui a, tour à tour, occupé et divisé les jurisconsultes Labéon, Pomponius (L. 9, Pr. h. t. et L. 1, § 29, XLIII. XVI), Ulpien (L. 1, § 9. XLIII. XVI), Paul (Sent. f. 4, v. VI) et Julien (L. 33, § 2, XLI. III). Le point litigieux était celui de savoir quand on pouvait dire qu'il y avait *vis,* violence, en un mot « déjection ». Deux opinions extrêmes sont d'abord en présence. D'après l'une (Labéon, Julien), la fuite occasionnée par l'appréhension d'une troupe armée équivaut à déjection. D'après l'autre (Pomponius), il n'y a déjection que si une lutte a précédé la fuite. Enfin, d'après une opinion mixte (Ulpien, Paul), la fuite occasionnée par l'appréhension d'une troupe armée équivaut à déjection, s'il y a eu occupation. Cette dernière opinion nous paraît la meilleure.

Nous ne sommes entré dans tous ces détails que pour nous poser la question suivante : lorsqu'il y a eu lutte et qu'on a cédé devant le nombre ou l'intensité de la force, n'a-t-on pas l'action *quod metus?* On aurait intérêt à l'avoir puisqu'à la différence de l'interdit, l'action est donnée au quadruple et peut être intentée contre les tiers. Cependant, il est certain qu'on ne l'a pas parce que la base de cette action, la crainte, fait, en

l'espèce, absolument défaut. Vous n'avez pas craint, puisque vous avez lutté ; donc, vous seriez mal venu à réclamer l'action *quod metus*.

## CHAPITRE III

### QUI PEUT INTENTER L'ACTION « QUOD METUS CAUSA. »

La victime de la violence et ses héritiers peuvent intenter l'action *quod metus*. Les héritiers le peuvent, parce que cette action, nous dit Ulpien, est *rei persecutoria ;* elle se rattache à l'ordre des intérêts pécuniaires et non moraux, comme la *querela inofficiosi* ou l'action d'injure ; il n'y avait pas de raison de l'attacher exclusivement à la victime de la crainte.

La loi 11 (IV. III), d'après laquelle les enfants ne peuvent pas intenter l'action de dol contre leurs parents, les affranchis contre leur patron, l'obscur plébéïen contre le magistrat, l'homme de débauche contre l'homme de mœurs exemplaires, est-elle applicable à l'action *quod metus ?* Nous en doutons fort ; cette incapacité a son fondement dans le caractère infâmant de l'action de dol ; la déférence et le respect dont certaines personnes sont tenues envers d'autres, empêchent celles-là de l'intenter contre celles-ci. Or, l'action *quod metus* n'est pas infâmante, elle n'est donc pas incompatible avec la déférence et le respect dont est tenu le demandeur envers l'auteur de la crainte ; pourquoi donc les enfants, les affranchis, les plébéïens en seraient-ils privés à l'égard des parents, patrons, etc...?

## CHAPITRE IV

### CONTRE QUI L'ACTION « QUOD METUS » PEUT-ELLE ÊTRE INTENTÉE.

Il existe, sur ce point, une profonde différence entre l'action de dol et l'action *quod metus*. La première ne peut atteindre que l'auteur du dol; la deuxième atteint, non seulement l'auteur de la *metus*, mais encore tous ceux qui en ont tiré profit. Avant de procéder à l'énumération des personnes qui sont passibles de l'action *quod metus*, il importe de donner la raison de cette différence.

Ulpien (L. 14, § 3, h. t.) l'explique, mais ne la justifie pas : *Metus habet in se ignorantiam*, dit-il. La plupart du temps, on ne connaît pas l'auteur de la crainte; il se cache pour dérober à la justice les faits à l'aide desquels il a inspiré la crainte, faits presque toujours prévus et punis par une loi criminelle. La victime de la *metus*, ne pouvant pas demander à son auteur la réparation du préjudice souffert, puisqu'elle ne le connaît pas, c'était la mettre dans l'impossibilité de se faire indemniser, que de ne pas lui permettre de recourir contre les tiers qui s'étaient enrichis à ses dépens. C'était inique. Au contraire, on connaît presque toujours l'auteur du dol (L. 15, § 3, L. 16, IV. III). Pourquoi s'adresser à d'autres pour obtenir la réparation du préjudice?

Nous disons que c'est là une explication, mais non pas une justification. En effet, si le recours contre les

tiers n'a son fondement que dans l'ignorance où l'on est de l'auteur de la crainte, pourquoi ce recours lorsque cet auteur est connu ? Or, dans ce cas comme dans le précédent, le recours existe ; les textes ne font aucune distinction. A l'inverse, lorsque l'auteur du dol est inconnu, pourquoi ne pas accorder un recours contre les tiers ?

M. Accarias a été frappé de l'insuffisance des explications d'Ulpien, et il a cherché à y remédier. Celui qui s'est laissé circonvenir par le dol, dit-il, est en faute ; il a manqué de prudence, de clairvoyance ; le tiers de bonne foi n'a aucun reproche à s'adresser ; il ne serait pas juste que ce tiers, exempt de toute faute, fût obligé d'indemniser la victime du dol reprochable. On ne pouvait donc permettre à la victime de faire usage de l'action de dol que contre l'auteur même des manœuvres frauduleuses. Au contraire, celui qui a cédé à la crainte n'a commis aucune faute, il a subi l'influence d'une force irrésistible ; aussi, si le préjudice se traduit en un bénéfice pour les tiers, on peut le leur enlever sans blesser l'équité.

Cette explication est certainement plus satisfaisante que celle d'Ulpien. L'objection suivante se dresse néanmoins contre elle : on peut admettre, à la rigueur, que la victime du dol pèche par omission de prudence lorsque, les deux parties ayant été en présence, il a été possible à l'une d'elles de déjouer les manœuvres de l'autre ; mais lorsque le dol intervient complètement à l'insu de la partie lésée, celle-ci n'a pas à s'imputer la faute la plus légère ; pourquoi, dès lors, ne pas admettre à son profit, comme au profit de la victime de la crainte, un recours contre les tiers ? Malgré cette parité

de raisons, on est obligé de convenir que l'action de dol, action infâmante, ne peut pas être donnée contre des tiers complètement étrangers aux manœuvres frauduleuses.

Voilà le principe posé : l'action *qnod metus causâ* atteint des personnes autres que l'auteur de la crainte.

Quelles sont ces personnes? Ce sont : 1° les tiers qui, étrangers aux faits générateurs de la crainte ont traité, en connaissance de cause, avec celui qui l'a subie. Pour n'être pas les auteurs de la *metus*, ils en sont au moins les complices (L. 11. IV. II ; L. 5, C. II. XX). 2° les tiers qui bénéficient de la crainte sans la connaître, autrement dit, les tiers de bonne foi.

Quels tiers peut-on considérer comme ayant profité de la crainte? En faisant la synthèse d'une multitude de lois éparses, on peut dire que le législateur les classe en deux catégories : 1° ceux qui ont bénéficié de la crainte à suite d'un acte de leur volonté; 2° ceux qui en ont bénéficié indépendamment de tout acte de volonté de leur part.

### A. — Tiers qui profitent de la crainte à suite d'un acte de leur volonté.

Ce sont : (*a*) ceux qui ont été parties au contrat déterminé par la crainte due à l'intervention d'un tiers ; par exemple, si vous ne vendez pas tel fonds à Titius, ou si vous ne lui faites pas acceptilation, ou si vous ne prenez pas tel engagement envers lui, je vous tue ; l'acquéreur, le débiteur, le créancier, quoique étrangers à la crainte, en bénéficient cependant, puisque l'acquisition, la libération, la promesse procèdent d'elle.

(*b*) Le substitué qui accepte une hérédité, précédemment répudiée par l'institué sous l'empire de la crainte inspirée par un tiers. Exemple : si vous ne répudiez pas telle hérédité, je vous tue. L'investissement héréditaire du substitué n'est pas, il est vrai, la conséquence directe, immédiate de la répudiation *metu*, puisque ce n'est point la répudiation de l'institué qui l'a opéré, mais bien l'adition que le substitué a faite lui-même ; cependant, c'est à suite d'un acte volontaire qu'il profite de l'œuvre de la crainte.

(*c*) Les sous-acquéreurs, c'est-à-dire ceux qui ont traité avec l'acquéreur au contrat déterminé par la crainte. Ce n'est pas sans controverse et sans difficultés, que cette règle avait fini par prévaloir. La loi 9, § 8 (h. t.) constate une divergence entre Julien et Marcellus. Le premier n'admettait pas que l'action *quod metus* pût être intentée contre ceux qui n'avaient point participé à la violence. Marcellus, en signalant cette opinion, la condamne. Il est certain, que du principe posé par la loi 14, § 3 (h. t.) découle nécessairement la responsabilité des sous-acquéreurs. Il n'est pas nécessaire, dit-elle, d'être l'auteur ou le complice de la violence pour être passible de l'action *quod metus* ; il suffit d'avoir profité, d'avoir tiré un gain de l'acte accompli sous l'empire de la *metus*. Or, c'est grâce à la *metus* que l'objet extorqué est passé dans le patrimoine du sous-acquéreur, puisque c'est elle qui l'a mis en circulation. Il en a donc profité : aussi doit-il être atteint par l'action *quod metus*. Ce résultat paraît rigoureux au premier abord ; l'équité ne s'oppose-t-elle pas à ce qu'on puisse user d'un recours si sévère contre des tiers absolument de bonne foi, absolument inno-

cents? Ulpien, prévoyant l'objection, se hâte de la résoudre : *nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari ; quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.* Le sous-acquéreur ne sera condamné à la peine (le quadruple) que s'il ne satisfait pas à l'arbitrium du juge ; cette peine a donc son fondement dans une faute qui lui est personnelle.

M. Accarias (N° 847. T. II) distingue parmi les sous-acquéreurs, ceux qui ont traité avec l'auteur de la violence et ceux qui ont traité avec un tiers de bonne foi. L'action *quod metus* pourrait être intentée contre les premiers ; la *restitutio in integrum ob metum* serait réservée aux seconds. La loi 3 (C. II. XX), sur laquelle s'appuie cet auteur, ne justifie pas cette distinction ; elle accorde, il est vrai, la *restitutio in integrum* contre un sous-acquéreur ; mais elle ne contient aucune indication qui permette de supposer que ce sous-acquéreur eût traité avec un tiers innocent de la violence, plutôt qu'avec l'auteur de la violence; il y est question d'un sous-acquéreur, voilà tout. Par conséquent, si l'on pouvait tirer une induction générale d'un texte isolé, il faudrait dire que la *restitutio in integrum* est seule recevable contre les sous-acquéreurs quels qu'ils soient. Mais il n'est dans les textes, nous le répétons, aucune mention qui permette de supposer que le sous-acquéreur fût passible de l'action *quod metus* ou de la restitution, suivant que son auteur était coupable ou innocent de la violence. D'ailleurs, au point de vue rationnel, une pareille distinction se justifie-t-elle ? Nous ne le croyons pas ; le sous-acquéreur, dans les deux cas, est de bonne foi ; en quoi la bonne ou mauvaise foi de son auteur

peut-elle influer sur sa situation et le faire traiter tantôt plus sévèrement, tantôt avec plus de mansuétude? Il nous semble que le principe suivant doit servir de criterium en notre matière : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Donc, si l'auteur était tenu de l'action *quod metus*, le sous-acquéreur en doit être lui-même tenu ; il a reçu des mains de son vendeur la chose infectée du vice de la crainte.

M. Accarias ne croit pas devoir aller si loin. Il refuse l'action *quod metus*, même contre le sous-acquéreur de mauvaise foi qui a traité avec un tiers. Cette solution ne répugne pas, dit-il ; car, par une conséquence du caractère personnel de notre action, la victime de la violence a conservé l'action *quod metus* contre l'acquéreur contre lequel elle était une fois née et qui ne peut s'en affranchir en aliénant. Sans vouloir discuter cette opinion, qui n'a d'ailleurs, aucun texte pour appui, nous nous bornerons à faire remarquer qu'elle aboutit à la négation même de la recevabilité de l'action *quod metus* contre tous les sous-acquéreurs.

En effet, s'il suffit que la victime de la crainte reste armée de l'action *quod metus* contre une personne, pour que toutes autres puissent y échapper, la poursuite des sous-acquéreurs, en général, n'a pas de raison d'être, parce que la victime de la *metus* a conservé cette action contre son acquéreur direct.

**B. — Tiers qui profitent de la crainte indépendamment de tout acte de volonté de leur part.**

Ce sont ceux qui, par une conséquence nécessaire, forcée, bénéficient d'un acte dû à la crainte inspirée

par un tiers. Par exemple : j'ai plusieurs débiteurs principaux ou accessoires ; si vous ne faites pas acceptilation à tel de vos débiteurs, me dit un tiers, j'attente à vos jours ; je fais acceptilation à ce débiteur : la dette est absolument éteinte ; par conséquent, les coobligés de ce débiteur, à leur insu, malgré eux, sont libérés. Ils profitent de la crainte sans le vouloir.

Voilà la réponse générale à cette question que nous nous étions posée : contre qui peut-on intenter l'action *quod metus ?*

Entrons maintenant dans l'examen de quelques cas particuliers.

Peut-on intenter l'action *quod metus* contre les héritiers de l'auteur de la crainte ? Oui ; car, bien que les héritiers ne répondent pas des fautes de leur auteur, on ne doit pas admettre cependant que des acquisitions honteuses et criminelles tournent à leur avantage. Ils ne sont, du reste, passibles de cette action que *quatenus res ad eos pervenit* (L. 16, § 2, h. t.).

Il en est de même de l'action de dol (Inst. IV. XII, § 1. L. 26, § 28, D. IV. III. L. 121, § 3, XLV. I). Toutefois, on s'est appuyé sur la loi 152, § 3 (L. XVII), pour prétendre qu'elle se transmettait *toujours* passivement aux héritiers de l'auteur des manœuvres frauduleuses ; il est facile de s'apercevoir que ce texte fait allusion à l'action du contrat : en effet, il donne une action fondée sur le dol, à propos d'un contrat de bonne foi ; or, l'action de dol ne dérive que des contrats de droit strict, comme la stipulation. L'action que la loi 152, § 3, nous dit se transmettre passivement aux héritiers de l'auteur des manœuvres frauduleuses, est donc celle du contrat et non pas celle de dol. Il n'y a aucune anti-

nomie entre cette loi et les textes limitant l'action de dol à l'enrichissement des héritiers.

Peut-on intenter l'action *quod metus* contre les êtres juridiques, les personnes morales ? La loi 9, § 1 (h. t.), répond à cette question : L'édit du préteur accorde l'action *quod metus* contre toute personne qui a inspiré la crainte : la généralité de ses termes embrasse donc aussi bien les personnes privées que les personnes morales, telles que le Peuple, la Curie, une corporation quelconque. Et dans la loi 9, § 3 (h. t.), nous voyons l'application de ce principe. Les Campaniens, à l'aide de la violence, obligèrent un tiers à cautionner un débiteur; le préteur vint à son secours en lui donnant, pour se faire restituer, l'action *quod metus*, s'il désirait poursuivre les Campaniens, l'exception *metus*, s'il préférait attendre leurs poursuites.

Lorsque plusieurs personnes ont participé à la violence, peut-on intenter l'action *quod metus* contre chacune d'elles, ou bien contre une seule d'entre elles ?

Contre une seule d'entre elles (142, § 15, h. t.). Lorsque le coupable poursuivi a satisfait à l'*arbitrium* du juge ou, n'y ayant pas satisfait, a restitué le quadruple, *sic perimi adversus cœteros metus causa actionem*, nous dit le texte.

Celui qui a payé le quadruple, a-t-il un recours contre ses codélinquants? Nous ne le pensons pas, parce qu'il a commis une faute en ne restituant pas, sur l'ordre du juge ; lui seul doit en supporter les conséquences.

Lorsque plusieurs esclaves ont frappé une personne ou l'ont injuriée, il y a autant d'outrages que de délin-

quants; aussi peut-on intenter une action contre le maître de chacun d'eux (L. 34, XLVII. X; L. 11, § 2, IX. II). *Nam ex lege Aquiliâ quod alius præstitit non alium relevat, cum sit pœna.* Pourquoi, dans le cas où plusieurs personnes ont commis la violence, l'action *quod metus* n'est-elle pas donnée contre tous, tandis que lorsque plusieurs personnes ont commis un outrage, l'action *de injuriis* est donnée contre chacun? C'est que l'action *quod metus* n'a pour but que de faire obtenir une réparation; aussi, quand le demandeur est indemnisé du préjudice qui lui a été causé, il n'a plus rien à demander aux autres. L'action *de injuriis*, au contraire, est une véritable action pénale et a pour but d'atteindre chacun des coupables dans sa faute, aussi comprend-on qu'elle soit recevable contre tous.

Suis-je passible de l'action *quod metus* lorsque j'obtiens *metu*, de celui qui me l'avait arrachée *metu*, la restitution de ma propre chose? Pomponius (L. 12, § 1, h. t.) pense que non, parce qu'il est permis de repousser la force par la force; d'ailleurs le tradens ne peut pas se plaindre d'un procédé dont il a été le premier à user envers moi. Les motifs de la solution admise en l'espèce prévue par la loi 4, § 2 (XII. V), trouvent parfaitement leur place en notre hypothèse : *quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio... quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse...*

En résumé, on peut intenter l'action *quod metus* contre l'auteur de la violence, contre ceux qui, innocents en ont toutefois profité, soit en vertu d'un acte volontaire, soit en l'absence de tout acte de cette

nature. Les héritiers, les personnes morales en sont également passibles.

En cas de plusieurs auteurs de la crainte, l'action intentée contre l'un d'eux libère les autres.

## CHAPITRE V

### EN QUOI CONSISTE LA SATISFACTION QUE L'ACTION « QUOD METUS » FAIT OBTENIR AU DEMANDEUR.

La nature de la satisfaction varie suivant le résultat de l'acte juridique, déterminé par la crainte. Cet acte peut avoir pour résultat : soit la transmission d'un droit réel (transmission de propriété, concession de servitude, d'hypothèque, etc.), soit la naissance ou l'extinction d'un droit de créance (promesse de cautionnement, acceptilation).

**Premier cas.** — *L'acte juridique déterminé par la crainte est translatif de droits réels.* — Le droit réel concédé peut porter sur la pleine propriété ou sur un démembrement du droit de propriété.

S'agit-il de la transmission de la pleine propriété, la satisfaction devra consister dans le retransfert de ce même droit de propriété, au profit de la victime de la crainte, si l'objet en existe encore (L. 9, § 7, IV. II). S'il a péri, dans le paiement du prix d'estimation de cet objet. Il est à noter, d'ores et déjà, que la perte de la chose libère certains défendeurs ; nous réservons ce point pour le paragraphe suivant.

S'agit-il de la transmission d'un démembrement du droit de propriété (servitude, usufruit), la satisfaction devra consister dans l'abandon de ce démembrement de la propriété.

*Quid?* pour les actes juridiques qui ne sont pas rescindables comme, par exemple, l'affranchissement? La satisfaction consistera dans le paiement d'une somme d'argent.

**Deuxième cas.** — *L'acte juridique déterminé par la crainte consiste dans la naissance ou l'extinction d'un droit de créance.* — S'agit-il de la constitution d'un droit de créance, c'est-à-dire d'une promesse, le défendeur se libèrera par la remise de la dette, l'acceptilation au profit du débiteur. S'agit-il de l'extinction d'un droit de créance (par exemple, sous l'empire de la crainte, je fais acceptilation à mes débiteurs principaux ou à mes fidéjusseurs), la satisfaction consistera dans un engagement nouveau que prendront soit les débiteurs principaux, soit les cautions.

## CHAPITRE VI

### QUE DOIT RESTITUER LE DÉFENDEUR A L'ACTION « QUOD METUS ? »

Le caractère arbitraire de l'action *quod metus causa* nous oblige à prévoir deux époques : 1° celle de l'*arbitrium* ; 2° celle de la *condemnatio*. Et nous avons à nous demander ce que le défendeur doit restituer à chacune de ces deux époques.

## Section I

### *Que doit restituer le défendeur sommé par l'arbitrium du juge.*

Un principe de haute équité demandait que l'auteur de la violence fût plus sévèrement tenu que le tiers de bonne foi, bénéficiaire, mais non complice de cette violence. De là la règle suivante, dont nous trouvons des applications multiples dans les textes : l'auteur de la violence est tenu de réparer la totalité du préjudice causé ; le tiers de bonne foi n'est tenu de réparer le préjudice, que dans les limites de son enrichissement, *quatenus locupletior factus est*. Occupons-nous successivement : 1° de l'auteur de la violence ; 2° du tiers de bonne foi.

#### § 1. — Que doit restituer l'auteur de la violence sommé par l'arbitrium du juge ?

La loi 12 (h. t.) pose la règle : « ... *restitui omnem causam oportet*... » La restitution doit donc comprendre la totalité du préjudice.

Que faut-il entendre par ces mots : *omnem causam*? Ils signifient tous les accessoires de la chose, c'est-à-dire les fruits ou produits périodiques de la chose, d'après sa destination, comme le croît des troupeaux. La restitution n'embrasse-t-elle que les fruits perçus par le défendeur? Non, elle embrasse, en outre, tous ceux qu'aurait perçus la victime de la violence, si elle

n'avait pas été dépossédée de sa chose (L. 12, h. t.). C'est justice, car cette privation de gain est la conséquence de *la metus*. Elle embrasse encore les produits de la chose qui ne peuvent pas rentrer dans la catégorie des fruits, comme par exemple, les revenus des carrières, le *partus ancillarum*.

Voilà lorsqu'il s'agit d'une aliénation faite *metu*.

Que doit comprendre la réparation, lorsqu'il s'agit de l'extinction d'un droit de créance ? d'une acceptilation par exemple ? Elle doit comprendre non seulement la rénovation de la créance, par une nouvelle promesse du débiteur principal, mais encore la rénovation de tous ses accessoires, par une promesse de tous les anciens fidéjusseurs (L. 10, Pr. h. t.), la reconstitution de toutes les anciennes garanties telles que hypothèques, gages, etc.

*Quid* ? si ces fidéjusseurs sont devenus insolvables ou refusent de cautionner la nouvelle promesse ? Il est du devoir du débiteur principal de remplacer les fidéjusseurs tombés en déconfiture, par d'autres cautions d'une solvabilité reconnue, de remplacer ceux qui refusent de reprendre leurs engagements par de nouveaux offrant les mêmes avantages (L. 10, § 2, h. t.).

*Quid* ? si le débiteur principal est dans l'impossibilité absolue de faire renaître les anciennes sûretés ou d'en procurer l'équivalent ? Nous croyons avec M. Accarias (t. II, n° 848) que cette impossibilité, conséquence non pas de la force majeure, mais de la faute du débiteur principal, ne saurait changer la nature de son obligation, et le mettre en état d'échapper à la condamnation, par la prestation d'une somme d'argent. N'étant plus à même de satisfaire à l'*arbitrium*, il tombe fatalement

sous le coup de la condamnation. Il n'a qu'à s'en prendre à lui seul pour une situation fâcheuse sans doute, mais à laquelle il s'est volontairement et sciemment exposé, en provoquant un acte rescindable pour cause de crainte.

La perte de la chose libère-t-elle le débiteur? Non, cela résulte, par *à contrario*, de la loi 14, §5, qui s'exprime ainsi : *arbitrium absolutionem adfert; si metum quidem Titius adhibuit* me non conscio, *res autem ad me pervenit, et hæc, in rebus humanis non est, sine dolo meo... judicis officio absolvar.* Le texte consacre la même solution pour le cas où l'esclave est en fuite.

Nous trouvons la même distinction entre la bonne et la mauvaise foi, dans la loi 40. Pr. (v. III.) Il s'agit de la question de savoir si le défendeur à la pétition d'hérédité, doit *præstare mortalitatem*, c'est-à-dire faire compte au demandeur, s'il s'agit d'un troupeau, de la valeur des animaux morts, après la *litis contestatio*. Proculus, Cassius et Paul étaient d'avis contraire. Le premier pense que le défendeur à la pétition d'objets particuliers, devait *præstare mortalitatem* ; s'il avait, en effet, tout de suite restitué les têtes du troupeau, le demandeur eût pu les vendre et en éviter ainsi la perte. Le second déchargeait le défendeur de cette obligation ; le troisième enfin imposait la *præstatio mortalitatis* au possesseur de mauvaise foi, en exonérait, au contraire, le possesseur de bonne foi. Il ne convient pas, en effet, dit Paul, que le possesseur de bonne foi renonce témérairement à défendre son droit, par crainte de l'obligation de payer la valeur des objets péris. C'est bien cette même règle qui se retrouve reproduite

en la loi 14, § 5. Nous l'admettons volontiers ; cependant, il nous semble que le tempérament suivant la rendrait plus équitable : l'auteur de la violence ne supportera la perte de la chose qu'au cas où il est établi que cette chose n'eût pas péri, si elle se fût trouvée entre les mains du demandeur, au moment de la poursuite.

En résumé, la satisfaction due par l'auteur de la violence exigera tantôt son propre fait seulement, tantôt son propre fait et celui d'un tiers.

Mais il ne serait pas juste que la réparation allât au delà des limites du préjudice causé ; par conséquent, en même temps que naît pour le défendeur l'obligation de restituer la chose extorquée *metu*, naît aussi pour le demandeur celle de restituer le prix et de faire rentrer le défendeur dans tous ses déboursés légitimes. (L. 4, C. II. XX.)

### § 2. — Que doit restituer le tiers de bonne foi, sommé par l'arbitrium du juge ?

Le tiers de bonne foi n'est tenu de réparer le préjudice que dans les limites de son enrichissement. Etranger à la violence, on ne peut exiger qu'une seule chose: que son patrimoine n'augmente pas au détriment de celui de la victime de la crainte.

S'agit-il d'une aliénation, il en devra restituer l'objet dans l'état où il se trouve. Il ne devra pas faire compte au demandeur des fruits perçus qu'il a consommés *lautius vivendo*, ni, à plus forte raison, de ceux qu'il

a négligés de percevoir. Seuls, les fruits existants devront être par lui restitués.

S'agit-il de l'extinction d'un droit de créance ; par exemple, caution du débiteur auquel vous avez fait acceptilation *metu*, vous me poursuivez par l'action *quod metus* : de quoi suis-je donc redevable envers vous? De mon fait personnel seulement, c'est-à-dire d'une nouvelle promesse. Sans doute, la réparation complète du préjudice demanderait que toutes les anciennes sûretés, toutes les anciennes cautions ressuscitassent à votre profit ; mais de quoi la *metus* m'a-t-elle enrichi? De ma libération seulement : donc, je ne vous dois qu'une chose : un nouvel engagement, une nouvelle promesse (L. 9, § 8 ; L 10, Pr. et § 1 ; L. 11. h. t.). On voit donc la profonde différence existant entre l'obligation de restituer du défendeur, *auteur de la violence*, et celle du défendeur, *tiers de bonne foi*. Le premier est tenu de son fait personnel *(oportet ut in suâ personâ redintegretur obligatio.* L. 10*)*, et du fait d'autrui *(agere debet... ut fidejussores se reponant in obligationem)*. Et nous avons vu que l'impossibilité de reconstituer les anciennes garanties, par suite du refus des tiers, le mettait en danger de tomber sous le coup de la *condemnatio*, faute de pouvoir exécuter l'*arbitrium*. Le second n'est tenu que de son fait personnel *(debet se reponere in obligationem)*.

La situation du tiers de bonne foi diffère encore de celle de l'auteur de la violence, en ce que la perte de la chose le libère absolument ; pour lui, *arbitrium absolutionem adfert*. On ne peut pas lui reprocher de n'avoir pas restitué immédiatement ; en définitive, il a

défendu ce qu'il croyait être son droit ; par conséquent, le retard apporté à la restitution est légitime.

Cependant, la perte de la chose ne libère pas le tiers de bonne foi, lorsque l'ayant vendue ou échangée, elle périt entre les mains de celui qui la possède (L. 18, h. t.). Ce résultat est parfaitement logique. En effet, la poursuite contre le tiers de bonne foi est basée sur son enrichissement ; or, qu'il détienne la chose elle-même ou qu'il en détienne l'équivalent, cela revient au même : il s'est enrichi par une conséquence de la *metus* ; la base de l'action subsiste. Si la chose périt entre ses mains, elle ne laisse qu'une place vide dans son patrimoine. Il ne s'est pas enrichi ; de là sa libération.

Nous avons vu précédemment que les héritiers du détenteur de la chose acquise *metu*, étaient tenus de l'action *quod metus causâ* jusqu'à concurrence de leur enrichissement. La loi 17 (h. t.) pose à ce sujet la question suivante : pour que l'héritier soit tenu de l'action *quod metus*, faut-il qu'il possède encore la chose extorquée *metu*, ou bien suffit-il que l'obligation de restituer soit une fois née en la personne de son auteur ? Par exemple, dans la succession du *de cujus*, je recueille une chose extorquée *metu* et je la consomme ; par conséquent il n'en revient rien à mon propre héritier : celui-ci sera-t-il tenu de restituer ? Et le jurisconsulte Paul de répondre affirmativement. Dès que l'obligation de restituer est née contre l'auteur, elle se transmet indéfiniment avec son propre héritage.

## Section II

*Que doit prester le défendeur condamné par le juge ?*

Il n'y a plus place après la *condemnatio*, pour la distinction que nous faisions tout à l'heure entre l'auteur de la violence et le tiers de bonne foi. Ils sont désormais sur la même ligne ; c'est la même obligation qui pèse sur eux. Donc, le défendeur, quel qu'il soit, qui n'obéit pas a l'arbitrium du juge, est obligé de payer, à la victime de la crainte, le quadruple de la valeur de l'objet extorqué. Cette condamnation, en ce qui concerne l'auteur de la violence, est sévère mais juste ; elle frappe, en somme, une personne coupable de faits graves, fortement répréhensibles. En ce qui concerne le tiers de bonne foi, n'est-elle pas contraire à l'équité ? Nous avons déjà répondu à cette question. A l'origine, le tiers est exempt de toute faute, parce qu'il a traité dans l'ignorance du vice qui a mis en circulation l'objet qu'il a acheté ; mais à partir du moment où ce vice lui est connu, où le juge le met en demeure de restituer cet objet, tout en l'assurant lui-même de la restitution de son prix, il cesse d'être protégé par sa bonne foi ; plus que cela, il commet un dol en refusant d'exécuter l'acte de justice que lui impose le juge ; ce dol est le fondement de la peine du quadruple qui l'atteint ; cette peine n'est donc pas arbitraire, elle est juste.

Quelle est la base du quadruple et comment est-il calculé ?

La base du quadruple est la valeur estimative de l'objet à restituer. L'estimation sera facile lorsque la restitution portera sur un corps certain. Elle sera moins aisée, lorsqu'elle aura pour objet une obligation de faire : par exemple, la prestation d'un fait personnel de la part du défendeur, comme l'accomplissement d'une nouvelle promesse ; ou la prestation du fait d'autrui, toujours à la charge du défendeur, comme le réengagement des anciens fidéjusseurs. On ne peut, d'une manière générale, fixer quels seront les éléments d'appréciation ; on les déduira, presque toujours, de la situation personnelle du défendeur.

La base du quadruple est donc la valeur estimative de la prestation due et non fournie. Cette estimation est ce que les Romains appelaient : « *simplum.* » Ce *simplum*, multiplié par quatre donnera le quadruple cherché. (L. 14, § 14, h. t.) Cette loi nous donne un exemple ; il s'agit d'un individu qui devait, en qualité de fiduciaire, transmettre quarante deniers à un tiers ; celui-ci recourt à la violence et obtient trois cents deniers au lieu de quarante, soit deux cent soixante de trop. Le fideicommissaire devra restituer quatre fois deux cent soixante et non pas quatre fois trois cent, parce que deux cent soixante seulement ont été indûment payés.

Une difficulté, relative au montant de la condamnation, s'était élevée. En voici l'exposé : cédant à la crainte que vous m'inspirez, je vous promets cent que je ne paie pas. J'intente contre vous l'action *quod metus* et vous êtes condamné à me payer le quadruple, soit quatre cent. Pourrez-vous me réclamer les cent que je vous ai promis par stipulation ? L'intérêt de la

question est aisé à saisir. Si vous ne pouvez pas me les réclamer, c'est en réalité le quintuple que vous m'avez payé : 1° les quatre cent que vous m'avez comptés ; 2° les cent stipulés, que j'ai gardés entre les mains, ne vous les ayant jamais comptés. Si vous pouvez, au contraire me les réclamer, vous ne me payez alors que le quadruple. Labéon ne reconnaissait pas au stipulant le droit de réclamer la somme qui lui avait été promise *metu*, sans doute parce qu'il eût été immoral de lui permettre de se prévaloir d'un contrat entaché de violence. Ulpien, choqué de la rigueur de cette solution, recourait à un procédé qui sauvegardait à la fois la moralité et l'équité. D'après lui, le stipulant ne pouvait se prévaloir d'un contrat extorqué par la violence; on devait le forcer à faire acceptilation au promettant et ne le condamner qu'au triple. De la sorte, le stipulant payait le quadruple (1° le triple ; 2° le *simplum* dont il faisait abandon à son débiteur) et ne se réclamait pas d'un contrat dû à des procédés criminels. (L. 14, § 9; h. t.) Nous ne pouvons partager les scrupules de Labéon; l'équité et la moralité reçoivent, ce nous semble, une plus forte atteinte dans le système qui aggrave la pénalité prononcée par la loi, que dans celui où l'on fait produire des effets à un contrat, vicié sans doute, mais enfin existant.

Qui est chargé de faire l'estimation de la prestation due et non fournie, de fixer le simple, en d'autres termes? Lorsque le défaut d'accomplissement de l'*arbitrium* est *volontaire* (le défendeur refuse de faire une restitution qu'il pourrait faire), le demandeur, après le *juramentum in litem cum taxatione*, c'est-à-dire, après avoir juré de ne pas exagérer l'évaluation de la

prestation, fixe lui-même le *simplum*, sans toutefois pouvoir dépasser le maximum qui lui est indiqué par le juge (1). Lorsque le défaut de l'*arbitrium* est *forcé* (le voudrait-il, le défendeur ne peut satisfaire à l'*arbitrium*, soit parce que l'objet a péri, soit parce qu'il est dans l'impossibilité de procurer la rénovation des anciennes garanties ou leur équivalent), c'est au juge qu'appartient la mission de fixer le simple.

La perte de l'objet, est-elle à la charge du défendeur condamné à restituer? La loi 14, § 11 (h. t.) distingue : l'objet a-t-il péri dans le délai fixé pour l'exécution des jugements, elle n'est pas à sa charge ; aussi ne devra-t-il payer que le triple. L'objet a-t-il péri après l'expiration de ce délai, elle est à sa charge ; aussi devra-t-il payer le quadruple. Cette solution, pour le premier terme de la distinction au moins, ne saurait être trop critiquée. Est-ce que la condamnation ne met pas le défendeur en demeure de se libérer? Le délai de l'exécution du jugement est un délai de grâce qui est aux risques et périls de la partie perdante. Dès lors, pourquoi la solution n'est-elle pas la même dans les deux cas ?

La loi 14, § 11, nous donne une solution différente pour l'hypothèse de la fuite de l'esclave, que le défendeur est condamné à restituer. L'esclave aurait-il fui dans le délai de l'exécution du jugement, le défendeur devra donner caution *de persequendo servo* et, que cet esclave rentre en sa possession ou non, il sera tenu de le restituer à la victime de la crainte, lui ou sa

(1) Toutefois la loi 4 (XII. III) nous montre qu'il n'en fut pas toujours ainsi : qu'à l'origine, aucune limite n'était imposée au demandeur. La *taxatio* naquit des abus qu'engendra un pareil système.

valeur. Nous ne comprenons point pourquoi la mort de l'esclave, *intra tempora judicati*, libère l'auteur de la violence condamné, tandis que la fuite de cet esclave, survenue dans le même temps, ne le libère point. Il est surprenant que sa fuite ait des conséquences plus graves que sa mort!

Puis, comment se fait-il, que la perte de l'objet puisse libérer le défendeur condamné, lorsque, sous le droit classique, toutes les condamnations étaient pécuniaires? Cette solution se justifie sous le droit classique, où les condamnations en nature constituaient la règle, mais non dans l'ère antérieure. Toutes ces anomalies font penser à M. Accarias, que la loi 14, § 11, empruntée au jurisconsulte Paul, a été interpolée par Tribonien.

## CHAPITRE VII

### DES CAUSES D'EXTINCTION DE L'ACTION « QUOD METUS CAUSA. »

Il faut, pour traiter clairement cette question, savoir qu'après l'expiration de l'année utile, l'action *quod metus causa* cesse d'être pénale, c'est-à-dire est réduite au simple. On augure du silence observé, pendant une année entière, depuis la cessation de la violence, la renonciation de la victime à toute réparation pénale.

Cette présomption ne s'étend pas à la réparation du préjudice causé; c'est pourquoi, le délai passé, la victime peut encore obtenir le simple.

Cela dit, parlons séparément de l'action au quadruple et de l'action au simple.

## Section I

### *Causes d'extinction de l'action « quod metus in quadruplum. »*

Ces causes sont : 1° la ratification expresse ou tacite de l'acte juridique extorqué par la violence. La ratification n'est évidemment valable que lorsque la victime de la crainte a complètement recouvré sa liberté ; la ratification ne peut, en effet, communiquer à cet acte une entière validité que si elle est elle-même exempte de toute infirmité ; je ne puis infiltrer dans votre être un sang réparateur, que si celui qui coule dans mes veines est lui-même vierge de tout élément délétère ; 2° la mort du délinquant, pendant le cours de l'année utile (L. 16, § 2, h. t.).

Les héritiers du délinquant sont tenus jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont réalisé, et aussi longtemps qu'ils le conservent (L. 16, § 2 ; L. 19 et 20, h. t.).

Ces textes paraissent prévoir l'hypothèse où le défendeur est l'auteur de la violence. L'action au quadruple contre les tiers de bonne foi s'éteint-elle par la mort du délinquant, au cours de l'année utile? Nous le croyons; car, la peine s'éteint avec le coupable; on ne peut désormais demander qu'une chose aux tiers de bonne foi, c'est qu'ils réparent le préjudice causé.

Les héritiers du tiers de bonne foi qui a profité de la crainte, demeurent-ils tenus jusqu'à concurrence de ce profit, après la mort de leur auteur? Oui ; l'obligation dont était tenu ce dernier se transmet indéfi-

niment avec sa succession ; 3° l'expiration de l'année utile. Le délinquant n'est plus passible de la peine, elle est remise.

La même solution s'étend aux tiers de bonne foi. On ne peut admettre que l'action *quod metus* demeure pénale contre eux, lorsqu'elle cesse de l'être contre le coupable.

## Section II

### *Causes d'extinction de l'action « quod metus in simplum. »*

Ces causes sont : 1° la ratification expresse ou tacite de l'acte juridique accompli *metu*.

2° L'existence d'une autre voie judiciaire au profit de la partie lésée.

Ceci demande une explication. Après l'expiration de l'année utile, l'action *quod metus* devient subsidiaire et est soumise à la *causæ cognitio*. Elle est *subsidiaire* ; la partie lésée ne pourra donc plus l'intenter, que si toute autre poursuite lui fait défaut contre le tiers qui a profité de la *metus*. Elle est soumise à la *causæ cognitio* ; le magistrat se livre à un examen de l'affaire avant de donner l'action, examen qui a pour but de rechercher si le demandeur n'est pas nanti d'un autre recours. Cette règle est mise en lumière par un cas d'application contenu en la loi 14, § 2 (h. t.) : la victime de la *metus* est décédée ; à quelle époque ? Est-ce après l'expiration de l'année utile, son héritier n'a pas l'action *quod metus*, parce que le défendeur

possédant *pro possessore* la chose extorquée *metu*, il est nanti contre lui de la *petitio hereditatis*. Est-ce au cours de l'année utile, l'héritier peut intenter, à son choix, l'action *quod metus causa* ou la *petitio hereditatis*.

3° L'expiration d'un délai de 30 ans, depuis la constitution de Théodose. La durée de notre action *au simple* n'étant limitée à un temps ni moindre, ni plus considérable, se prescrit, comme toutes les actions, par un délai de 30 ans.

L'extinction de l'action *quod metus causa* nous amène à l'examen d'une question dont se sont occupé les commentateurs allemands.

Quelle est la durée de la *restitutio in integrum ob metum?*

Cette question divise les commentateurs. La loi 7 (C. II. LIII) est le siège de la controverse ; donnons donc au préalable un aperçu de son contenu. Autrefois, nous apprend Justinien, la durée de la *restitutio in integrum* n'était pas uniforme pour toutes les parties de l'Empire. Il était de 5 ans pour Rome, de 4 ans pour l'Italie et de 3 ans pour les provinces. L'empereur, faisant disparaître toutes ces inégalités, fixe à quatre années, pour les différentes parties de l'Empire, la durée de la *restitutio in integrum* tant à l'égard des majeurs que des mineurs. Il faut noter que le texte, s'occupant du point de départ du délai, s'exprime en ces termes : de même que le délai ne court point pendant la minorité, de même est-il suspendu pendant l'absence de ceux qui ont quitté le sol de l'Empire, soit *reipublicæ causâ*, soit pour tous autres motifs prévus par la loi. De là la question suivante : Ce délai de

quatre ans qui s'applique, d'après le texte, à la *restitutio in integrum* accordée aux majeurs pour cause d'absence, s'applique-t-il aussi à la *restitutio ob metum?* Glück (T. v, p. 436), et Mullembruch (*Doctrina Pandectarum*, § 160, note 5) opinent pour l'affirmative. Ils se fondent, d'une part, sur la rubrique du titre LIII, qui est ainsi conçu : *de temporibus in integrum restitutionis, tam minorum,* ET ALIARUM PERSONARUM, *quæ restitui possunt, quam etiam heredum eorum ;* la généralité des termes de cette rubrique embrasserait aussi bien la *restitutio in integrum ob metum* que les restitutions basées sur d'autres causes. Ces auteurs se fondent, d'autre part, sur le *principium* de la constitution 7 qui est général : ... *quod non solum in minorum restitutionibus sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus.*

Zimmern (Traité des actions, p. 321), au contraire, est d'avis que le délai dont parle la constitution 7 ne s'applique qu'à la *restitutio in integrum* accordée aux majeurs pour cause d'absence. Si le *principium* de la constitution 7 est, en effet, général, dit-il, le § 1 l'explique en restreignant le délai de la *restitutio in integrum* accordée aux majeurs pour *cause d'absence.*

Cette dernière opinion nous paraît conforme à la vérité. On ne peut pas tirer argument d'une rubrique parce qu'une rubrique n'est pas la loi.

La dissertation qui précède nous montre l'invasion de la philosophie dans le Droit. Cette influence est heureuse, parce qu'elle permet à la législation de se développer, de se perfectionner. La loi n'est plus, comme

les douze tables, cette idole devant les défauts, les insuffisances de laquelle on s'incline sans oser corriger ou ajouter ; elle se plie désormais aux nécessités qui surgissent, elle marche avec la civilisation, aussi devient-elle le portrait le plus frappant d'une société. Elle nous en révèle les vices par les dispositions qui ont pour objet de les réprimer, les vertus, par l'absence de dispositions s'occupant des défauts contraires.

Cette influence a cependant son mauvais côté ; la philosophie attirant nos regards vers la spéculation, les détourne par là-même de la surface terrestre ; nous risquons fort de prendre le Sage pour l'homme et de ne pas tailler une législation à sa mesure. C'est ce qui est arrivé pour la théorie de la crainte, remplie des exagérations stoïciennes. Vous admettez que l'homme tremble pour sa vie, mais vous ne lui croyez pas la faiblesse de trembler pour ses biens. Erreur ! L'homme est cupide. Vous croyez tous les êtres humains doués de la même force morale. Erreur ! La femme est plus impressionnable que l'homme, l'ignorant plus timoré que le savant, le serviteur plus craintif que le maître.

La législation prétorienne marquait un progrès sur la législation du Droit civil, mais avait encore des imperfections.

Il appartenait aux rédacteurs du Code civil de les faire disparaître (art. 1112). Le Droit Français est, à son tour, en progrès sur le Droit Romain.

C'est ainsi que chaque époque, apportant ses efforts, l'évolution suit son cours et le Droit, de plus en plus, se rapproche de l'idéal.

# DROIT FRANÇAIS

**Etude critique de la Jurisprudence en matière d'emploi et de remploi sous le régime dotal.**

# AVANT-PROPOS

Nous n'avons pas la prétention de faire une œuvre didactique : notre unique dessein est d'exposer les règles de l'emploi et du remploi.

Ces règles ne sont point tracées dans le Code civil ; ensemble, la doctrine et la jurisprudence ont travaillé à les formuler, s'inspirant tantôt de la tradition, tantôt de la déduction logique des principes généraux du Droit.

Notre but n'est pas de les mettre aux prises, pour donner systématiquement une louange à l'une, un blâme à l'autre. Notre esprit se refuse à voir deux antagonistes dans la doctrine et la jurisprudence ; elles sont, au contraire, à nos yeux, deux auxiliaires, deux champions mettant leurs efforts au service de la même cause : la Vérité ; toutes deux également dignes de respect, mais celle-là préférée cependant, dont les raisons nous paraîtront meilleures.

Nous examinerons l'emploi et le remploi sous le régime dotal ; néanmoins, nous nous réservons le droit d'entrer dans le régime de la communauté, toutes les fois qu'un parallèle nous paraîtra utile.

Cette étude nous a séduit par son côté pratique ; la matière qui en fait l'objet est une des sources les plus abondantes des contestations humaines.

Elle nous effraie aussi, nous l'avouerons avec franchise, à raison de l'abandon où nous laisse le législateur ; quelques allusions discrètes sur l'emploi et le remploi, dans les art. 1553, 1558, 1559, et c'est tout ; nous nous trouvons dans la situation d'un voyageur conduit par son guide, en plein désert, et délaissé par lui dans l'immensité. Comment trouver un point de repaire là où les horizons fuient ? Comment s'éclairer sur sa route là où la voix n'a point d'écho ?

Plus d'une fois, aux prises avec les difficultés ardues que soulève la matière, courant de solution en solution sans trouver la certitude, reculant devant la responsabilité d'une opinion qui avait de l'attrait, l'aphorisme de Bacon nous est revenu en mémoire : *Lex optima est, quæ minimum arbitrio judicis relinquit.* Que de place pour l'arbitraire et l'erreur, en dehors de la volonté expresse du législateur ! Nous nous sommes efforcé d'éviter cet écueil en pénétrant l'esprit de la loi pour lui dérober sa lumière.

Nous divisons notre travail en deux parties : L'emploi et le remploi prescrits par le contrat de mariage feront l'objet de la première ; la seconde sera consacrée à l'emploi et au remploi prescrits par la loi et l'autorité judiciaire.

Nous n'avons pas traité séparément de l'emploi et du remploi, soumis aux mêmes règles, sauf de rares exceptions que nous signalons.

La terminologie que nous employons se ressent souvent de l'intimité de l'emploi et du remploi ; nous

prenons souvent ces deux termes l'un pour l'autre, n'ayant pas su nous soustraire à une influence dont le législateur lui-même n'a pas toujours su se défaire.

L'emploi et le remploi s'unissent étroitement à l'inaliénabilité de la dot et appartiennent, par ce côté, à l'économie politique.

Ils ne sont pas des instruments de crédit pour les époux, puisque les biens aliénables à charge d'emploi ou de remploi demeurent insaisissables pour leurs créanciers ; ils deviennent, en revanche, une source de crédit considérable pour l'Etat, en mettant en circulation des biens qui feront l'objet de nombreuses transactions, et que la femme eût certainement frappés d'immobilité, s'il ne lui avait pas été permis d'en acquérir d'autres à la place.

Cette observation, commune à l'emploi et au remploi, suppose que la dot mobilière est inaliénable.

Nous ne voulons pas ressusciter une vieille querelle de l'Ecole et du Palais. Nous constatons un fait accompli, passé à l'état d'axiome en jurisprudence : La dot mobilière est inaliénable. La Doctrine qui a pour elle les textes, il faut en convenir, est embarrassée de sa victoire, parce qu'elle comprend, malgré tout, que « quand l'état social change, les lois doivent changer également. » Au fond, elle est désolée d'avoir raison et s'en prend au législateur de ne pas réviser le Code, parce qu'elle « *force* les Tribunaux à faire ce que le le législateur ne fait pas » (Laurent, de Gand, T. XXIII, n° 511). Comment, en effet, ne pas étendre à la dot mobilière, plus exposée et plus fréquemment constituée que l'autre, la protection acquise à la dot immobilière ?

Le principe étant admis, on peut discuter sa portée.

La dernière jurisprudence de la Cour de cassation était reproduite par un arrêt récent de la Cour de Nîmes (11 janvier 1882. S., 1882, 2, 137). La dot mobilière n'est aliénable qu'en ce sens « que la femme ne peut pas renoncer, même avec le consentement de son mari, à son hypothèque légale, qui assure son recours contre ce dernier, au cas où il aurait mal à propos disposé des deniers dotaux. » (Civ. Cass., 6 déc. 1859. S., 1860, 1, 644.) Il suit de là que la femme et le mari peuvent aliéner directement les valeurs mobilières.

Nous ne pouvons pas admettre cela : l'hypothèque qui garantit à la femme l'action en reprise, de quoi lui sert-elle si, ce qui arrive souvent, le mari n'a pas d'immeubles? La femme n'est, selon nous, entièrement protégée que si les valeurs mobilières (nous parlons des meubles incorporels) sont indisponibles tout comme l'action en reprise et l'hypothèque.

Ces développements étaient absolument indispensables pour l'intelligence des développements ultérieurs, parce qu'ils les supposent. C'est pourquoi nous avons cru devoir les placer dans cet avant-propos.

Nous terminons ces notes préliminaires en faisant connaître les abréviations que nous avons adoptées :

Exemples : D., n° 3548, sans autre indication, se réfère au *Répertoire de jurisprudence générale*, de Dalloz, v° *Contrat de mariage*.

D. ou S., 1880, 1, 354, signifie : Dalloz ou Sirey, *Répertoire périodique de 1880*, première partie, page 354.

# INTRODUCTION

*De l'emploi, du remploi. — De leurs éléments essentiels. — Différentes espèces d'emploi et de remploi. — De l'application de chacune d'elles, par rapport aux biens des époux, sous le régime de la communauté légale et sous le régime dotal. — De leur utilité.*

L'emploi et le remploi, dans le mariage, se rattachent à la liquidation des droits des époux, liquidation qui découle nécessairement soit de la dissolution de la société conjugale, soit de la dissolution du régime matrimonial. C'est à l'un de ces moments précis, qu'il s'agit de régler les intérêts pécuniaires des époux, de faire droit aux réclamations de chacun d'eux. Or, quel

peut être l'objet de ces réclamations? Est-ce un droit de créance, de reprise proprement dite qu'ils peuvent exercer? Est-ce, au contraire, un droit de propriété? C'est l'un ou l'autre, suivant qu'il n'y a pas eu ou qu'il y a eu remploi, emploi.

Expliquons-nous : les époux sont mariés sous le régime dotal ; une clause du contrat de mariage n'autorise le mari à toucher les capitaux, qu'à la condition de les employer. Après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, que peut réclamer la femme? Une somme d'argent, si les deniers dotaux ont été touchés purement et simplement par le mari ; tel immeuble déterminé, si le prix en a été payé de ces mêmes deniers et avec les formalités requises par la loi.

Supposons encore qu'une seconde clause de ce contrat permette l'aliénation du fonds dotal à charge de remploi ; ce fonds a été aliéné ; le moment venu, que pourra réclamer la femme? L'immeuble dotal lui-même, si le prix de vente n'a pas servi à l'acquisition d'un nouvel immeuble, faite suivant des conditions déterminées ; si oui, l'immeuble acquis à l'aide de ce prix. Ces exemples nous font donc déjà entrevoir : 1° ce qu'on entend par emploi et remploi ; 2° comment la théorie qui les concerne se rattache à la liquidation des biens des époux. Etudions séparément chacun de ces actes.

I. *De l'emploi.* — L'emploi est l'acquisition d'un immeuble qui, faite avec des deniers propres à un époux, devient propre comme ces deniers, dont il prend la place et la nature.

Quelquefois aussi, sous le régime dotal, c'est l'acquittement de certaines dettes, l'exécution de certaines obligations à l'aide des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble dotal (Voyez les art. 1555 et 1558 du Code civil).

La proposition suivante fait bien ressortir la différence qui existe entre l'emploi et le remploi : Tout remploi suppose un emploi ; mais à l'inverse, l'emploi ne suppose pas le remploi. Examinons rapidement chacun de ses éléments essentiels.

1. — Pour qu'il y ait emploi, il faut, en premier lieu, que l'époux ait une somme d'argent lui appartenant. Il est inutile d'insister sur ce point.

2. — Il faut, en second lieu, l'acquisition d'un immeuble.

Disons toutefois que tout le monde n'est pas d'accord sur ce point.

Certains auteurs, M. Bénech entre autres (n° 5), admettent que « la condition d'emploi imposée au mari, sans autre désignation ou addition, ne l'obligerait pas pourtant à faire cet emploi en achat d'immeubles ; » il pourrait employer la dot à l'achat d'actions industrielles, de rentes, de créances sur prêt hypothécaire, de meubles en un mot, pourvu que le placement soit solide. La vérité, croyons-nous, est dans l'opinion contraire, qui étend au mari l'art. 1067, aux termes duquel le grevé de substitution devra, même à défaut d'indication de la part du disposant, employer en immeubles les sommes par lui perçues.

Nous nous contentons de signaler maintenant la controverse, nous réservant de la trancher au chapitre: En quels biens l'emploi et le remploi peuvent-ils être faits.

II. *Du remploi.* — Qu'entend-on par remploi ?

Le remploi est l'acquisition d'un immeuble, faite avec les deniers provenant de l'aliénation d'un autre immeuble dont il vient prendre la place en vertu d'une fiction de subrogation.

Les éléments constitutifs et essentiels du remploi sont donc : 1° l'aliénation d'un immeuble appartenant à l'un des époux ; 2° l'acquisition d'un nouvel immeuble.

1. — Il faut d'abord, pour qu'il y ait remploi, que l'époux eût un bien propre et qu'il l'ait aliéné.

On s'est demandé si l'époux peut être considéré comme ayant eu un propre, lorsque l'immeuble dont le prix a été remployé est ensuite déclaré, par la Justice, appartenir au tiers qui le revendiquait ? La question s'est présentée, devant la Cour d'Angers, dans une espèce où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, le 12 mars 1823 (Dalloz, J. G., V° *Contrat de mariage*, n° 759). Par suite de différents incidents de procédure, par deux fois elle revint devant la Cour de Cassation qui fut appelée à la résoudre ; par deux fois aussi, des fins de non-recevoir l'empêchèrent d'examiner la question quant au fond et de la résoudre en droit (Req., 23 novembre 1826 et Civ., 23 mai 1825, D., J. G., Eod. loc.). Quoiqu'il en soit, la Cour d'Angers l'a résolue négativement. Il en devait être ainsi ; car, si l'action résolutoire atteint directement l'acquéreur du fonds dotal, elle atteint aussi la femme garante, en qualité de venderesse, et fait considérer l'immeuble comme n'ayant jamais fait partie ni de son patrimoine, ni de sa constitution de dot. Dès lors, comment concevoir qu'un immeuble ait pris la

place d'un fonds dotal qui n'a jamais existé, comment, en pareil cas, concevoir la possibilité du remploi ?

Voilà la question résolue en pure théorie. En pratique, nous admettrions que le remploi dégénérerait en emploi, si la femme obtenait une indemnité de son garant; en effet, cette indemnité serait incontestablement dotale, puisqu'elle représenterait un immeuble dotal ; elle permettrait à la femme de rembourser à son acquéreur le prix qui lui avait servi à acheter le nouvel immeuble, lequel alors aurait été payé, sinon des deniers reçus à titre de garantie, du moins d'une égale quantité de deniers, ce qui revient au même. Cet immeuble serait dotal pour avoir été acquis des deniers dotaux, par une femme dont le contrat de mariage stipulait la condition de remploi (art. 1553). Mais si la femme ne recevait aucune somme de son garant, il n'y aurait ni emploi ni remploi, parce que le nouvel immeuble ne serait substitué ni à un fonds dotal qui n'a jamais existé, ni à une somme dotale qui n'a jamais été perçue (Bénech, *De l'emploi et du remploi*, p. 223).

La même question s'est posée dans le cas de la licitation d'un immeuble indivis entre la femme et un tiers. Lorsque l'immeuble est adjugé au copropriétaire de la femme, celle-ci doit-elle être considérée comme n'en ayant jamais été propriétaire, de sorte que l'acquisition d'un immeuble faite en remplacement de sa part indivise dans le bien licité, ne constituerait pas un remploi? Un créancier du mari avait élevé cette prétention ; en vertu de l'effet déclaratif du partage, disait-il, l'immeuble licité est censé n'avoir jamais appartenu à la femme. Cet immeuble ne prend donc

pas la place d'un propre qui n'a jamais existé au profit de la femme ; il n'y a donc pas remploi ; en conséquence, je puis saisir l'immeuble nouvellement acheté, parce qu'il appartient, non pas à la femme, mais à la communauté. (La même question peut se présenter sous le régime dotal). Mais c'est en appliquant les vrais principes que la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 9 décembre 1846 (Dalloz, 47, 4, 418), a rejeté cette prétention en déclarant que la fiction de l'art. 883 ne concerne que les rapports des copropriétaires entre eux ; qu'il est de principe qu'une fiction ne peut pas s'étendre à des cas pour lesquels elle n'a point été établie, et par suite aux rapports d'un copropriétaire avec des tiers ; que par conséquent l'art. 883 restait sans application dans la cause.

Nous voilà fixés sur le premier élément essentiel du remploi.

2. — Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait remploi, qu'un nouvel immeuble soit acquis.

Il résulte de là que l'acquisition de *meubles*, tels que: actions industrielles, créances sur prêt hypothécaire (Caen, 30 avril 1849, D., J. G., V° *Cont. de mar.*, n° 3989), rentes viagères (Rej. 23 juin 1846, D., 46, 1, 332. Caen, 7 juillet 1845. S., 48, 2, 134), droit de reprise contre le mari garanti par une hypothèque sur ses biens (Caen, 2 août 1851, D., 52, 2, 194), ne constitue pas le remploi, à moins de conventions spéciales dans le contrat de mariage.

Mais les époux peuvent-ils, néanmoins, placer provisoirement, à titre de dépôt, les deniers provenant de la vente d'un immeuble dotal stipulé aliénable, à charge de remploi, par le contrat de mariage? *provisoirement*,

c'est-à-dire jusqu'au moment où il leur sera loisible d'effectuer le remploi en immeubles ? Oui, les époux auraient pu accorder à l'acquéreur un terme pour le paiement du prix et toucher, jusqu'à cette époque, les intérêts de ce prix ; l'acquéreur, à défaut de la justification du remploi, aurait pu verser son prix à la caisse des dépôts et consignations qui en aurait servi les intérêts aux époux jusqu'au jour où elle eût pu se libérer valablement. Pourquoi les époux ne pourraient-ils pas faire une opération analogue à l'aide d'un prêt temporaire ? La femme ne court aucun danger, puisque l'emprunteur, pas plus que l'acquéreur, ne pourra valablement se libérer sans la justification préalable d'un emploi. Ainsi jugé par un arrêt de la Cour de Bourges, du 6 août 1834 (D., J. G., V° *Cont. de mariage,* n° 1481).

III. *Aux biens de quel époux l'emploi et le remploi peuvent-ils s'appliquer ?*

Sous le régime de la communauté, l'emploi et le remploi intéressent tant les biens du mari que ceux de la femme, parce que, à défaut de ces actes, les biens acquis, *pendente matrimonio,* par chacun des deux époux, peuvent tomber dans la communauté.

Sous le régime dotal, au contraire, l'emploi et le remploi n'intéressent que les biens acquis avec les deniers de la femme, lesquels peuvent, à défaut de ces actes, devenir la propriété du mari ; mais nullement les biens acquis avec les deniers du mari, lesquels ne sont susceptibles de tomber ni dans une communauté qui n'existe pas, sous le régime dotal, ni dans le patrimoine de la femme.

IV. *Différentes espèces d'emploi et de remploi.* — Le remploi, il en est de même de l'emploi, est *facultatif* ou *forcé*.

Il est *facultatif*, lorsque les époux *peuvent mais ne doivent pas* le faire. L'emploi et le remploi facultatifs peuvent trouver leur application soit sous le régime de la communauté, soit sous le régime dotal, en ce qui concerne les paraphernaux de la femme. Ainsi lorsque, soit par l'effet d'un mandat spécial (art. 1577), soit par l'effet d'une simple tolérance de la part de la femme, le mari a, en fait, l'administration et la jouissance des biens paraphernaux, sa situation vis-à-vis de ces biens, est la même que celle de l'époux commun vis-à-vis des biens propres de la femme; par conséquent, sous le régime dotal comme sous le régime de la communauté, rien ne l'empêche de remployer le prix des immeubles paraphernaux, d'employer les deniers paraphernaux. Ce n'est point de ce remploi *facultatif* que nous entendons nous occuper dans cette étude.

Il est *forcé*, lorsque les époux non seulement *peuvent* mais encore *doivent* le faire, parce qu'ils y sont obligés soit par le contrat de mariage (art. 1553), soit par la loi (art. 1558, 1559), soit par l'autorité judiciaire. (Loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 13). C'est le remploi et l'emploi *forcés*, découlant des trois sources que nous venons d'indiquer et s'appliquant aux immeubles et deniers dotaux, qui feront l'objet précis de ce travail.

V. *Utilité de l'emploi et du remploi.* — Comment nier l'utilité de l'emploi et du remploi, puisqu'ils ont

pour effet de substituer un droit durable à un droit soumis à toutes les fluctuations de la fortune ; de nover un simple droit de créance né pour la femme du quasi-usufruit, mettant tous ses deniers à la discrétion du mari, droit inhabile à augmenter de valeur, puisqu'il consiste toujours dans une reprise fixe, en un droit de propriété solide et susceptible d'augmenter de valeur, par suite des améliorations qui peuvent survenir à l'immeuble ? Avec les immeubles, il est vrai, périssent les droits réels dont ils sont grevés, tandis que les droits de créance survivent, *genera non pereunt ;* mais que d'avantages compensent cet inconvénient qui descend si rarement du domaine de l'hypothèse dans celui de la réalité: et la chance de bénéficier d'une plus-value acquise par le fonds, et la faculté d'obtenir tout de suite après le mariage, sans être obligée d'attendre l'expiration d'une année (art. 1565), l'immeuble qui est venu prendre la place des deniers dotaux, et la délivrance, pour la femme, du souci d'entrer en lutte avec les héritiers du mari afin d'arriver au paiement de ses reprises ?

# PREMIÈRE PARTIE

## De l'emploi et du remploi prescrits par le contrat de mariage.

### CHAPITRE PREMIER

#### DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPLOI

Pour plus de clarté, nous nous occuperons séparément de la clause d'emploi et de celle de remploi, en ce qui concerne leur origine et leur nature.

#### SECTION I

#### *De la clause d'emploi.*

I. *De son origine.* — L'emploi est d'une origine très lointaine, puisque nous en trouvons des traces dans l'ancien Droit Romain. C'est ainsi que, dans son

discours *pro Cœcinâ*, Cicéron nous parle d'un mari effectuant un emploi, pour assurer la conservation de la dot de sa femme : « Cum uteretur dote uxoris numeratâ, quo mulieri esset res cautior, curavit *ut in fundo dos collocaretur*. » Dans la loi 21 (de pactis dotalibus), nous lisons : « constat posse, inter virum et uxorem, conveniri ut dos, quæ in pecuniâ numeratâ esset, permutetur et transferatur in corpora, cum mulieri prodest. »

L'origine de la *clause* d'emploi, sous le régime dotal, remonte également au Droit Romain.

Sous l'empire de cette législation, la femme, avant de compter sa dot, pouvait exiger de son mari la prestation d'un fidéjusseur qui lui garantissait la restitution de ses apports. Il y avait quelque chose de choquant et de contradictoire dans le fait d'une femme témoignant assez de confiance à son mari pour se livrer à lui tout entière, et le tenant, à la fois, en assez haute suspicion, pour prendre à son égard une pareille mesure ; d'ailleurs, ce sentiment de défiance était de nature à éveiller la susceptibilité du mari ; il pouvait être une cause de trouble et de désunion dans le ménage. Tels furent les motifs qui inspirèrent aux empereurs Gratien, Valentinien et Théodose une constitution (C., ne fidej. vel mandat. dot. dentur) qui déliait le mari de l'obligation de fournir caution, depuis longtemps consacrée par l'usage. Justinien confirma la décision de ses prédécesseurs par la constitution 2 (C. Ibid.).

Bien que, dès l'abord, une controverse se soit élevée sur la portée de ces constitutions, bien qu'il fallût les étendre, d'après certains interprètes, non seulement à l'in-

tervention d'un fidéjusseur, mais encore à la stipulation de toutes autres garanties de nature à assurer à la femme la conservation de sa dot ; qu'il fallût les restreindre, au contraire, d'après Cujas, à la seule intervention d'un fidéjusseur, l'opinion de ce jurisconsulte finit par prévaloir. (*Ad Africanum, tract.*, 1, p. 1301 ; 6. p. 630; 9, p. 544.) Aussi, les clauses d'emploi, échappant à la sentence de mort des empereurs, puisqu'elles rentraient dans la catégorie des sûretés réelles et non personnelles, vinrent remplacer l'intervention du fidéjusseur et se généralisèrent dans les pays de droit écrit. C'est ce que nous trouvons consigné dans les recueils judiciaires des parlements de ces pays. Comme le constate Roussilhe (*Traité de la dot*, T. II, p. 191), la clause « le mari ne pourra se faire payer les deniers dotaux qu'à la charge d'en faire emploi » permet à la femme d'épouser, sans aucun péril pour sa dot, le mari qui ne possède pas de biens-fonds et dont elle pourrait craindre les dissipations. L'utilité considérable qu'offre à la femme la condition d'emploi n'a pas échappé aux rédacteurs du Code civil, aussi en ont-ils expressément permis la stipulation dans l'art. 1553, ainsi conçu : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition d'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. »

II. *De sa nature.* — Les traits caractéristiques de la clause d'emploi, sous le régime dotal, sont résumés dans la proposition suivante : « *L'emploi est une sûreté de la dot irrévocable, imposée en vue du seul intérêt de la femme et susceptible, lorsqu'elle est réalisée, d'amener par l'effet unique de la volonté de l'épouse,*

*la transformation de la dot mobilière en dot immobilière.* »

Analysons cette formule : l'emploi est *une sûreté de la dot,* avons-nous dit ; comment cela?

Voici : le péril de la dot mobilière a sa source dans le droit pur et simple que la combinaison des art. 1549 et 587 confère au mari, d'exiger, de recevoir le remboursement des capitaux dotaux et d'en disposer librement en qualité de quasi-usufruitier ; la femme a bien une hypothèque légale lui garantissant ses reprises; mais cette hypothèque est une pure inanité si le mari n'a pas de surface immobilière ; il en est de même dans le cas où il possède des héritages, si la femme ne vient pas en rang utile, par suite de l'existence de créanciers antérieurs au mariage. La femme peut donc ne trouver la garantie de la restitution de sa dot que dans une mesure interdisant au mari de percevoir les deniers dotaux (dont il peut disposer), s'il ne les remplace pas par un immeuble (dont il ne peut disposer); c'est là, précisément, l'effet de la clause d'emploi. L'orsqu'elle est imposée au mari, la femme se trouve donc dans cette alternative: ou l'emploi a été effectué, et elle trouve dans la propriété de l'immeuble acquis, l'équivalent de sa dot : ou l'emploi fait défaut, et la femme peut exiger un deuxième paiement de son débiteur qui ne s'est pas valablement libéré la première fois. Donc la condition d'emploi assure à la femme la restitution de sa dot.

Comme on le voit par ce rapide aperçu, la garantie de la femme a son fondement dans l'obligation civile où se trouve le débiteur de ne payer le mari que s'il lui justifie l'existence de l'emploi.

On a cependant contesté ce point, et MM. Aubry et Rau notamment (4me édit., T. v, p. 550, note 19), prétendent que la clause d'emploi, obligatoire pour le mari, ne l'est pas pour les tiers, si le contrat de mariage n'est pas explicite à ce sujet.

Nous croyons cette opinion erronée. Nous en renvoyons la discussion au chapitre : Des obligation squi résultent de la clause d'emploi.

..... *Irrévocable*... L'art. 1395 nous dit, en effet, que les conventions matrimoniales — la clause d'emploi rentre dans cette catégorie — ne peuvent recevoir aucun changement pendant le mariage. En conséquence, il est interdit à la femme d'y renoncer *pendente matrimonio* ; d'ailleurs, cette renonciation ne tomberait-elle pas sous le coup de l'art. 1395, qu'elle tomberait sous celui du principe de l'inaliénabilité soit directe, soit indirecte de la dot mobilière, consacré par la jurisprudence à l'égard de la femme (Bénech, nº 14).

..... *Imposée*... Ce terme général embrasse les différentes sources de l'emploi forcé : la convention des parties, la loi, les tribunaux.

..... *En vue du seul intérêt de la femme*... « Et de ses héritiers ; » il n'était pas besoin de le dire, l'art 1122 posant le principe : « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers. »

Ainsi, la clause d'emploi stipulée en toutes lettres, dans le contrat de mariage, est impuissante à rendre la femme propriétaire de l'immeuble acquis de ses deniers dotaux, si l'ensemble des termes de ce contrat démontre chez elle l'intention non pas de se réserver le droit d'opter, à son choix, pour une reprise en argent ou pour l'immeuble acquis de ses deniers dotaux,

mais de conserver un droit de reprise que garantit l'hypothèque légale, grevant cet immeuble acquis par le mari, et *à son profit*. — C'est là une application de l'art. 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

Ce pouvoir d'interpréter l'intention des parties a été formellement reconnu aux tribunaux par un arrêt récent de la Chambre des Requêtes (7 avril 1879. D., 1879. 1. 444). « Il appartient aux juges du fond, dit cette chambre, de décider par une interprétation souveraine de la volonté des parties, que le mot *Remploi* inséré dans le contrat de mariage portant adoption du régime de la communauté d'acquêts, n'a d'autre sens que celui de *Reprises*, alors qu'il est stipulé dans le contrat qu'en cas d'aliénation du propre des époux, ce prétendu Remploi s'effectuera dans l'ordre indiqué par les art. 1471 et 1472. »

Cette décision qui est relative à une espèce particulière sous le régime de la Communauté d'acquêts, doit évidemment s'étendre à tous les régimes matrimoniaux.

Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation (Req., 25 avril 1820. D., V° *Cont. de mar.*, n° 3942) a refusé de voir un emploi proprement dit dans une acquisition faite par le mari, en exécution d'une clause du contrat de mariage portant que telle somme restera entre les mains du mari « jusqu'à ce qu'il trouve à en faire un remploi utile, en nature d'immeubles *à son avantage* » et a, en conséquence, déclaré mal fondée la femme qui, refusant toute collocation à titre de reprises sur les biens de son

mari, réclamait, au lieu et place des dites reprises, la propriété de l'immeuble acquis en emploi de ses deniers dotaux.

La cour d'Agen (31 janvier 1852. D., n° 3988. 1°) a rendu une pareille décision : en conséquence, elle a déclaré la femme bien fondée dans son refus d'accepter, au lieu et place de ses reprises, l'immeuble acquis par le mari de ses deniers dotaux.

Mais si, dans ces deux hypothèses, la femme ne peut devenir directement propriétaire par l'effet du remploi, nul doute qu'elle puisse le devenir au moyen de la vente entre époux basée sur une cause légitime de remploi, dont il est parlé dans l'art. 1595.

..... *Et susceptible, lorsqu'elle est réalisée, d'amener, par l'effet unique de la volonté de l'épouse, la transformation de la dot mobilière en dot immobilière.* Il résulte de là que la convention d'emploi n'imprime pas par elle-même et indépendamment de sa réalisation, un caractère immobilier à la dot mobilière ; la transformation est éventuelle et ne s'opère qu'à l'instant où l'emploi, revêtu de toutes les conditions requises par la loi, est accompli. La Cour de Montpellier (27 juillet 1825. D., 1826. 2. 30) a méconnu le véritable caractère de l'emploi, lorsqu'elle a posé le principe : « que la stipulation d'un emploi en achat d'héritages avait fait prendre à la dot, qui devait être ainsi employée, un caractère immobilier. » Cette question dont l'intérêt est purement théorique, si l'on admet l'inaliénabilité absolue de la dot mobilière, est, au contraire, d'un grand intérêt pratique, si l'on admet que la dot mobilière est aliénable. L'espèce de l'arrêt dont s'agit va rendre cette proposition saisissante. Des difficultés

s'élèvent entre le mari et le débiteur des deniers dotaux, sur le chiffre de la créance dotale : au lieu de soumettre la question aux tribunaux, les parties, par un compromis, la soumettent à l'arbitrage d'un tiers. A défaut de l'emploi, la femme a un recours contre le tiers qui a eu l'imprudence de payer sans l'exiger, à l'effet d'obtenir une seconde fois le paiement de la créance. Quelle somme la femme pourra-t-elle exiger ? La somme arbitrée ou la somme dont elle est en réalité créancière ? L'une ou l'autre, suivant que le compromis est valable ou nul ? Or, le compromis est-il valable ?

Si vous admettez l'inaliénabilité absolue de la dot mobilière, comme le faisait M. Bénech à une époque où la jurisprudence n'avait pas encore nettement formulé son système mixte, il est absolument indifférent que la clause d'emploi l'immobilise, c'est-à-dire la rende indisponible pour le mari ; car la condition d'emploi ne l'immobiliserait-elle pas qu'elle serait tout de même indisponible par l'effet de son inaliénabilité absolue et que, conséquemment, le mari ne pourrait compromettre sur elle, aux termes de l'art. 1003 (Procéd. Civ., Bénech, n° 8).

Si, au contraire, vous admettez, comme la majeure partie de la doctrine, l'aliénabilité absolue de la dot mobilière, ou, comme la jurisprudence, l'aliénabilité *ex parte mariti* seulement (Cass. 18 février 1851, 6 décembre 1859), la question devient pratiquement très importante ; car, si l'immobilisation résulte de la condition d'emploi, le compromis est nul parce que cette condition déroge à l'aliénabilité de la dot qui devient alors indisponible. Et, par suite, la sentence

arbitrale ne liant aucunement la femme, elle peut réclamer la somme qui lui est due en réalité.

Le problème ainsi posé, nous n'hésitons pas à le résoudre négativement. Non, la condition d'emploi n'immobilise pas la dot mobilière, parce qu'elle a pour but, non de transformer cette dot, mais seulement de la sauvegarder du naufrage de la fortune du mari, en soumettant la validité du paiement à l'accomplissement de l'emploi ; sauf cette modification à l'art. 1549, la dot reste disponible au regard du mari ; par conséquent, il a pu valablement faire un compromis et la sentence arbitrale est opposable à la femme.

Sans doute, les arbitres, par des concessions, peuvent restreindre le montant des sommes dotales et diminuer ainsi, d'autant, la consistance des immeubles à l'achat desquels elles doivent être employées. Mais qu'importe? La femme, en stipulant la condition d'emploi, n'a pas entendu se prémunir contre ce danger ; elle n'a voulu qu'une chose : abriter sa dot contre les chances bonnes ou mauvaises de la fortune du mari.

Nous savons aussi que l'art. 93 de la Coutume de Paris (Pothier de la Communauté, n° 316) et que l'art. 17 de la Coutume du Nivernais (Guy-Coquille, sur l'art. 17) réputaient immeubles les deniers dotaux soumis à la condition d'emploi ; mais c'est là une règle tout à fait exceptionnelle qui, afférente au régime de la Communauté dans les pays de coutumes, n'a jamais été appliquée au régime dotal, dans les pays de droit écrit; la cour de Montpellier ne pouvait donc pas invoquer à son aide l'appui de la Tradition.

L'*emploi*, avons-nous ajouté, est *susceptible d'ame-*

*ner la transformation de la dot mobilière en dot immobilière ;* autrement dit, la condition d'emploi, une fois réalisée, opère une novation, puisqu'elle éteint le droit de reprise de la femme et fait naître à son profit un nouveau droit : la propriété de l'immeuble destiné à l'emploi.

Toutefois, nous ne dirons pas, comme M. Bénech (nos 11 et 12), que l'emploi diffère en ce point du gage et de l'antichrèse.

Le gage, en effet, produit novation lorsque, conformément à l'art. 2078, le créancier gagiste a reçu de la Justice l'autorisation de s'approprier l'objet engagé, jusqu'à concurrence du prix fixé par les experts.

L'antichrèse elle-même produit une novation, lorsque le créancier s'approprie l'immeuble grevé, conformément à la clause (insérée dans l'acte d'emprunt), aux termes de laquelle, en cas de non-paiement à l'échéance, « le prêteur sera propriétaire des immeubles qui lui sont affectés, suivant l'estimation et la fixation du prix qui en seront faites par experts convenus ou nommés d'office (Cass. 26 février 1856).

Il y a novation dans ces deux cas, puisque au lieu et place de la somme prêtée, le créancier obtient l'objet ou l'immeuble grevés, de même que, s'il y a emploi, la femme, au lieu et place de ses reprises, obtient l'immeuble acquis.

Cependant le gage et l'antichrèse, dans ces deux hypothèses, diffèrent de la condition d'emploi ; car, tandis que la femme devient propriétaire de l'immeuble employé par *l'effet unique de sa volonté*, le créancier gagiste ou antichrésiste ne devient propriétaire de l'objet ou de l'immeuble affectés, qu'en recourant à

l'intervention de la Justice et en se soumettant à la décision d'experts.

Mais, ni le cautionnement, ni l'obligation imposée au mari de colloquer la dot en mains sûres, sur privilège ou première hypothèque, de la reconnaître sur des biens suffisants ou libres d'hypothèques, ne produisent de novation et diffèrent, en cela, complètement de la condition d'emploi.

On a prétendu que la clause d'emploi devait, en outre, s'analyser en un mandat à l'effet d'acquérir, mandat donné par la femme à son mari. Pour le moment, nous nous contentons de signaler cette opinion, nous réservant de la réfuter à la section suivante.

## Section II.

### *De la clause de remploi.*

I. *De son origine.* — L'origine de la clause de remploi est beaucoup moins ancienne que celle de l'emploi.

Ce furent les parlements des pays de droit écrit qui l'introduisirent dans le régime dotal. On n'en trouve aucune trace dans l'ancien Droit Romain et cela se comprend; d'abord, jusqu'à l'apparition de la loi *Julia de adulteriis*, l'immeuble dotal était la propriété du mari et pouvait être aliéné par lui tout seul; or, la clause de remploi, condition de l'autorisation de la femme, ne supposant, tout au contraire, l'immeuble

aliénable par le mari qu'avec le concours de son épouse, ne pouvait évidemment trouver place dans les textes d'une date antérieure à cette loi.

Nous en dirons autant des textes postérieurs à la promulgation de la loi *Julia de adulteriis*. Car la nécessité qui a fait surgir la clause de remploi, ne se faisait point encore sentir. En effet, en Droit Français, l'immeuble dotal est, en principe, inaliénable; cependant le mari peut exceptionnellement l'aliéner, si la femme lui en a donné l'autorisation, une fois pour toutes, dans son contrat de mariage (art. 1557). C'est là une autorisation *générale* s'étendant à toutes les ventes ultérieures de l'immeuble dotal, impliquant chez la femme, l'intention de suivre la foi de son mari; de là, deux conséquences : bonnes ou mauvaises, la femme ne peut opposer son veto, pendant le mariage, à ces aliénations; qu'il y ait péril ou non, la femme ne peut exiger du mari, pour la restitution de son prix, d'autre garantie que la garantie souvent illusoire de l'hypothèque légale. Donc, l'autorisation une fois donnée, la femme ne pouvait, par aucun moyen, se prémunir contre l'insolvabilité de son mari. Or, pour que la disposition de l'art. 1557 ne fût pas lettre morte, pour engager la femme à autoriser l'aliénation de son immeuble dotal, il fallait que cette autorisation ne la mît pas en danger de lui faire perdre son prix de vente; tel est précisément le résultat de la clause de remploi qui a pour effet d'enlever au mari, sous la responsabilité de l'acquéreur, la libre disposition des deniers payés, en les affectant à une destination particulière.

Sous l'empire de la loi *Julia*, au contraire, le mari

pouvait aliéner l'immeuble dotal, pendant le mariage, avec le consentement de sa femme; mais pas besoin n'était que ce consentement fût donné dans le contrat de mariage; il suffisait qu'il intervint pendant le mariage, au fur et à mesure des aliénations; par conséquent, puisque la femme pouvait *pendente matrimonio*, soit refuser son consentement, soit réclamer des sûretés de son mari, le besoin ne se faisait pas sentir d'insérer, dans le contrat de mariage, des clauses de sûreté que la femme était à temps de réclamer pendant toute la durée du mariage. Donc, pas plus sous la période de la loi *Julia* que sous la précédente, la clause de remploi n'avait sa raison d'être; de là, le mutisme des textes à cet égard.

Nous arrivons enfin à l'empereur Justinien qui proclame l'inaliénabilité *absolue* de la dot immobilière (C. lex unica, § 15, v. XIV). Sous cette période, il ne pouvait davantage être question de la clause de remploi qui suppose l'aliénabilité au moins relative de l'immeuble dotal.

Donc, quelle que soit leur date, les monuments du Droit Romain ne nous décèlent aucune trace de la clause de remploi.

C'est à la législation des pays de droit écrit qu'il nous faut recourir pour en découvrir l'origine.

La Constitution de Justinien y fut acceptée sans réserves (Boutaric, *Instit.* p. 218) et l'on ne tarda pas à découvrir les inconvénients pratiques engendrés par le principe de l'inaliénabilité absolue de la dot immobilière. Une pareille rigueur nuisant à la circulation des biens, portait par là-même un coup mortel au crédit public; aussi les parlements admirent-ils que le mari

pourrait aliéner l'immeuble dotal lorsqu'il en aurait reçu le pouvoir dans son contrat de mariage (Serres. *Instit.* 190. Catelan, liv. IV, chap. XIV); il s'agissait ici d'une autorisation générale d'aliéner, émanée de la femme. Or s'il fallait venir en aide au crédit public, il fallait aussi sauvegarder les intérêts de la femme; on comprenait très bien qu'elle refuserait toujours cette autorisation générale, parce que ne pouvant d'ores et déjà en prévoir les conséquences, elle ne voudrait pas compromettre sa dot. Aussi, dans le but de concilier l'intérêt général avec l'intérêt particulier de la femme, on admit la possibilité, pour celle-ci, de subordonner son autorisation d'aliéner à une condition de remploi. La femme n'ayant rien à perdre n'avait plus de raisons pour refuser cette autorisation; et dès lors, l'intérêt général et son intérêt privé étaient sauvegardés.

Telle est l'origine de la clause de remploi sous le régime dotal.

Les rédacteurs du Code civil en permettant au mari, comme nos anciens parlements, d'aliéner l'immeuble dotal à condition qu'il eût reçu l'autorisation dans le contrat de mariage, devaient aussi prémunir la femme contre les dangers de cette autorisation. C'est ce qu'ils ont fait dans les articles 1557 et 1553, en lui permettant de subordonner à la condition de remploi l'aliénation de son immeuble dotal. L'art. 1553 ne parle, il est vrai, que de la condition d'emploi; mais ses termes nous prouvent que c'est là une expression générale qui embrasse à la fois l'emploi et le remploi. En effet, il résulte de la lecture de cet article que la condition d'emploi a pour objet les deniers dotaux. Or, les deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble dotal,

sont dotaux ; donc la condition d'emploi s'applique au prix de l'immeuble dotal ; c'est le remploi.

II. *De sa nature.* — Pour résumer les traits distinctifs de la clause de remploi, sous le régime dotal, nous dirons : *La clause de remploi est une mesure protectrice et conservatrice de la dot irrévocable, complexe et susceptible, lorsqu'elle est réalisée, de conserver à la dot son caractère immobilier.*

C'est *une mesure conservatrice et protectrice de la dot.* En effet, l'aliénation pure et simple de l'immeuble dotal opérée par le mari, en vertu du pouvoir que lui confère le contrat de mariage (art. 1554), convertit le droit réel de propriété de la femme en un droit de créance, en une reprise ; or, comme nous le disions à propos de l'emploi, l'hypothèque légale peut ne pas garantir à la femme la restitution du prix de vente de son immeuble, soit à raison du défaut ou de l'insuffisance de fortune immobilière chez le mari, soit à raison de circonstances la rendant inefficace ; tel est le danger couru par la dot. La clause de remploi insérée dans le contrat de mariage, comme condition du pouvoir d'aliénation conféré au mari, y pare à merveille en créant cette alternative : ou le remploi a été effectué et la femme retrouve son immeuble aliéné dans l'immeuble acquis ; ou il ne l'a pas été, et la femme reprend son immeuble dont elle a la faculté de faire résoudre la vente entre les mains de son acquéreur, ainsi que nous le verrons plus tard.

..... *Irrévocable.....* Nous renvoyons à ce que nous avons dit, à cet égard, sur la clause d'emploi.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

..... *Complexe*..... Nous touchons ici à un point extrêmement important, qui est comme la clef de nombreuses difficultés que nous rencontrerons ultérieurement. Dans la clause d'un contrat de mariage subordonnant la validité de l'aliénation de l'immeuble dotal à l'accomplissement du remploi, faut-il ne voir qu'un seul élément, c'est-à-dire un mandat par lequel la femme confère au mari et le pouvoir de vendre en son nom l'immeuble dotal et le pouvoir de remployer *en son nom* le prix de cet immeuble; ou bien y faut-il voir deux éléments distincts : 1° le mandat que la femme confère au mari de vendre en son nom l'immeuble dotal; 2° l'obligation pour le mari de faire le remploi, non plus au nom de la femme (auquel cas elle devient propriétaire malgré elle), mais en *son propre nom pour la femme* (auquel cas elle ne devient propriétaire que si elle accepte).

Pour les uns Toullier, T. XIV, p. 152 et suiv. Merlin, répertoire V° *Remploi*, p. 245; Rodière et Pont, *du Contrat de mariage*, T. III, n°s 1695, 1696) la clause dont nous nous occupons ne contient qu'un seul élément : le mandat de la femme au mari, tant d'aliéner l'immeuble dotal, que d'en remployer le prix.

Que le pouvoir d'aliéner l'immeuble dotal conféré par la femme au mari, constitue un mandat, d'accord; mais que la condition de remploi imposée au mari constitue pareillement un mandat, nous ne l'admettons pas. — Ce mandat, demanderons-nous à ces auteurs, où le puisez-vous? Dans les termes du contrat de mariage? Non, car la question ne s'élève qu'en l'absence, dans le contrat de mariage, d'un mandat formel, non équivoque. Dans l'intention des parties? Non, car le mandat implique la confiance du mandant dans la

personne du mandataire. Or, c'est d'un sentiment de défiance qu'est née la clause de remploi imposée par la femme à son mari ; dès lors, ne serait-il pas contradictoire de présumer un mandat tacite de la part de la femme, c'est-à-dire de supposer qu'elle a suivi la foi de celui dont elle s'est manifestement défiée par l'insertion d'une clause de sûreté, dans son contrat de mariage ? D'ailleurs la volonté présumée de la femme ne suffirait pas pour investir le mari du mandat d'opérer le remploi ; si le Code civil, en effet, nous donne l'exemple d'un mandat tacite de la femme en faveur du mari, c'est à propos d'actes d'administration (art. 1578), mais jamais d'actes de disposition, comme le remploi.

Puisque ces auteurs ne peuvent prouver l'existence de ce mandat ni par les termes du contrat de mariage, ni par l'intention présumée de la femme, comment ont-ils pu être amenés à prendre pour un mandat, ce qui n'est qu'une simple obligation de faire à la charge du mari ? Il est probable que la connexion intime existant entre le pouvoir d'aliéner et l'obligation de remploi — puisque celle-ci est la condition *sine quâ non* de celle-là — leur a fait considérer ces deux choses comme tellement inséparables, que le mandat d'aliéner contenait implicitement celui de faire le remploi. C'est évidemment aller beaucoup trop loin. Le mandat d'aliéner l'immeuble dotal, à charge de remploi, n'implique pas nécessairement le mandat de remployer. La charge de remploi peut, en effet, être interprétée de deux manières différentes : ou comme une obligation de faire imposée au mari, ou comme mandat.

L'envisage-t-on comme un mandat ? la femme a abdiqué entre les mains du mari le pouvoir de con-

trôler l'acquisition ultérieure ; qu'elle soit avantageuse ou non, elle l'accepte par avance en remplacement de son immeuble dotal ; le mari acquiert directement et irrévocablement pour elle, et, dès cet instant, l'aliénation de l'immeuble dotal est devenue irrévocable.

L'envisage-t-on comme une obligation imposée au mari, la femme se réserve le droit de contrôler l'acquisition ultérieure, c'est-à-dire de l'accepter si elle lui est avantageuse, de la répudier dans le cas contraire. Le mari n'acquiert plus, comme tout à l'heure, directement pour la femme, mais *en son propre nom* pour la femme qui, suivant les exigences de son intérêt, se subroge au mari ou laisse l'acquisition à son compte. L'accomplissement du remploi ne réalise pas par lui-même la condition de validité de la vente ; pour qu'il en soit ainsi, il faut de plus que le remploi soit accepté par la femme.

La charge de remploi est donc susceptible de deux sens ; or, quel est le plus conforme à l'intention de la femme ? Le second, évidemment ; car ayant stipulé le remploi pour conserver sa dot dans son intégrité, comment admettre le mandat qui permet au mari de remplacer l'immeuble dotal par un autre immeuble qui n'en sera pas l'équivalent ? Donc, non seulement le mandat d'aliéner à charge de remploi n'implique pas le mandat de remployer, mais encore l'idée qui a inspiré à la femme l'insertion de cette clause dans le contrat de mariage, fait repousser l'idée d'un pareil mandat. Ces motifs nous amènent à blâmer deux arrêts décidant que la clause de remploi contient un mandat spécial et formel pour le mari à l'effet d'acquérir (Bordeaux, 25 avril 1820, D., n° 4025. Paris, 13 juin 1838.

D., nos 4025 et 1425). Ajoutons que ces décisions sont restées isolées et que la jurisprudence refuse unanimement de voir un mandat dans la condition de remploi (Req. 2 mai 1859, S. 59, 1, 293. Civ. Rej., 12 juin 1865, S. 1865, 1, 298).

Pour les autres enfin (Bénech, n° 41, pp. 104 et suivantes. Aubry et Rau, T. v, p. 539, note 31. Troplong, iv, n° 3198), la clause que nous étudions renferme un double élément : 1° un mandat d'aliéner de la femme au profit du mari ; 2° l'obligation contractée par le mari de faire le remploi.

*...Et susceptible, lorsqu'elle est réalisée, de conserver à la dot son caractère immobilier.*

*... Lorsqu'elle est réalisée...* ce qui signifie que la clause de remploi n'imprime pas à la dot, indépendamment de sa réalisation, un caractère d'immobilisation. Par elle, la femme se réserve le choix ou de conserver à la dot sa nature immobilière en acceptant, ou de transformer sa dot immobilière en dot mobilière, en n'acceptant pas. C'est en cela qu'elle se distingue des clauses suivantes : « Le mari peut vendre l'immeuble dotal à charge de placer le prix en mains sûres, de l'assurer ou de le reconnaître sur des biens suffisants et libres d'hypothèques, le mari peut échanger l'immeuble dotal. » (Art. 1559.) Ces différentes clauses ne donnent pas à la femme un droit d'option, la dot conservant fatalement son caractère immobilier dans la dernière, à cause d'une subrogation instantanée, et, dans les autres, la dot étant fatalement transformée en dot mobilière dès l'aliénation.

Toutes ces clauses diffèrent donc beaucoup entre

elles : aussi doivent-elles être interprétées restrictivement et ne peut-on, par suite, conclure de l'une à l'autre, la Cour de Cassation (12 avril 1839, D., 1839, 1, 319) ayant jugé avec raison que la stipulation d'un contrat de mariage dérogeant à l'inaliénabilité de la dot, est de droit étroit.

## CHAPITRE II

### OU DOIT ÊTRE STIPULÉE LA CONDITION D'EMPLOI ET DE REMPLOI

Ainsi que nous le verrons dans la suite, la clause d'emploi et de remploi produit certains effets : elle enlève au mari le droit de recevoir purement et simplement le remboursement des capitaux ; elle subordonne la validité du paiement des débiteurs de deniers dotaux à l'accomplissement de l'emploi ou du remploi ; elle rend dotaux les biens acquis des deniers dotaux. Or, pour que la clause d'emploi ou de remploi produise tous ces effets, il faut qu'elle *ait été insérée dans le contrat de mariage* ; elle intervient inutilement en dehors des conventions matrimoniales.

C'est la première condition d'existence de l'emploi et du remploi sous le régime dotal.

Cela se comprend très bien : Pour le mari, d'abord : les conventions matrimoniales, dit l'art. 1395, ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ; et il faut entendre par conventions matrimoniales non seulement les clauses insérées dans le

contrat de mariage, mais encore les droits sur la dot directement accordés au mari par la loi et auxquels il n'a pas été dérogé par le contrat ; par cela seul, en effet, que les parties ne les ont pas modifiés, elles ont tacitement convenu que le mari en demeurerait investi; or, l'un de ces droits accordés au mari par la loi et formant, pour ainsi dire, une convention matrimoniale *tacite*, c'est celui de recevoir le remboursement des capitaux (art. 1549) sans être tenu de fournir aucune sûreté. Donc, dans le silence du contrat de mariage sur la clause d'emploi ou de remploi, aucune volonté ne peut changer l'état de capacité du mari en l'obligeant à faire un remploi que la loi n'exige pas de lui.

C'est ce qu'ont parfaitement décidé un arrêt de la Cour de Rouen, du 21 mars 1829 (n° 3950-3°) et un autre arrêt de la Cour de Cassation du 25 janvier 1826 (n° 3968-2°).

En second lieu, pour les tiers débiteurs de deniers dotaux : aux termes des art. 1238, 1239, le paiement est libératoire lorsqu'il est fait à quelqu'un... autorisé par la loi à recevoir pour le créancier. Et d'après l'art. 1549 ce fondé de pouvoirs, c'est le mari.

Si vous n'excipez point, contre ce débiteur, d'une clause du contrat de mariage faisant du remploi une condition de libération du paiement, en vertu de quel titre pourrez-vous exiger d'eux une seconde fois le paiement, lorsque la loi les libère entièrement en l'absence de l'accomplissement de tout remploi ?

Enfin, pour la nature des immeubles acquis des deniers dotaux, comment pourriez-vous leur imprimer un caractère dotal et opposer aux acquéreurs de ces immeubles les conséquences rigoureuses qui découlent

de la dotalité, lorsqu'il leur a été impossible de connaître l'existence de la clause de remploi, en consultant le contrat de mariage, et de se prémunir ainsi contre les dangers d'une éviction ?

Pour tout résumer d'un mot, nous dirons avec la cour de Bordeaux (7 décembre 1841. D., 1842, 2, 42), que l'offre d'emploi de valeurs dotales faite par le mari, dans une circonstance où la condition d'emploi n'avait pas été stipulée dans le contrat de mariage, est nulle, *jure ipso*, comme tendant à modifier les conventions matrimoniales.

*En quels termes doit être rédigée la clause d'emploi ou de remploi ?*

En termes non sacramentels mais formels, ne laissant pas de place à l'équivoque.

Lorsque les termes, par leur défaut de clarté, rendent douteuse l'intention des parties, la clause s'interprète contre le remploi en faveur des tiers débiteurs ou acquéreurs qui n'ont pas été suffisamment avertis de l'obligation qui leur était imposée. C'est là une application de l'art. 1162 dont la jurisprudence nous donne un très grand nombre d'exemples. Voyez à ce sujet les arrêts suivants : Bordeaux, 22 juin 1849 (D., 1852, 2, 186) ; Agen, 2 février 1836 (D., n$^{os}$ 3961-1° et 1437).

## CHAPITRE III

### PAR QUI PEUT ÊTRE STIPULÉE LA CLAUSE D'EMPLOI ET DE REMPLOI.

La clause d'emploi ou de remploi peut être stipulée par tous ceux qui ont intérêt à la conservation de la dot. Or, appartiennent à cette catégorie : 1° la femme propriétaire de la dot.

La femme mineure, à l'époque de son contrat de mariage, peut-elle valablement, avec l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, permettre à son mari l'aliénation de ses immeubles dotaux à charge de remploi ?

Si la femme mineure peut, sous les conditions prescrites par l'art. 1398, autoriser son mari à aliéner l'immeuble dotal purement et simplement, elle pourra *a fortiori* l'autoriser à l'aliéner à charge de remploi, ce qui est beaucoup moins dangereux. Or, elle peut autoriser son futur mari à aliéner l'immeuble dotal purement et simplement. En effet, le mineur habile à contracter mariage, dit l'art. 1398, peut, avec le consentement, etc... consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible. Or, la clause par laquelle la femme autorise le mari à aliéner l'immeuble dotal à la charge de remploi, est une convention dont le contrat de mariage est susceptible (art. 1557). Donc la femme mineure peut autoriser son futur mari à aliéner purement et simplement l'immeu-

ble dotal. En conséquence, peut-elle *a fortiori* lui permettre de l'aliéner à charge de remploi ?

Les hésitations qui, dans les pays de droit écrit, faisaient pencher pour la négative quelques-uns de nos anciens auteurs (Laviguerie, arrêts inédits. V° aliénation), n'ont pu résister à l'inflexibilité de ce raisonnement ; aussi, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 7 novembre 1826 (S., 1827. 1. 16), sanctionné la solution que nous venons d'exposer.

2° Les ascendants qui ont constitué la dot, parce qu'ils ont droit au retour des objets par eux abandonnés (art. 747).

3° Les étrangers qui ont constitué la dot.

M. Bénech (nos 18 et 82) établit entre la clause d'emploi et celle de remploi, une distinction qui ne nous paraît pas fondée. Les constituants étrangers pourraient, d'après cet auteur, stipuler la première, parce qu'il est loisible à tout donateur d'imposer à sa libéralité telle condition qu'il juge convenable ; mais non la seconde, parce que la stipulation du remploi est accessoire à l'autorisation d'aliéner, et que l'autorisation d'aliéner ne peut émaner que de la femme.

Tout ce qu'on peut conclure de là, c'est que, au cas de vente de l'immeuble donné, le constituant ne pourra pas *directement exiger* du mari l'accomplissement du remploi, qu'il ne le pourra que par une voie *indirecte*, en menaçant le donataire d'user du droit de révocation que lui confèrent les art. 953 et 954; mais on n'en peut nullement conclure l'impossibilité pour le constituant de stipuler le remploi comme condition de validité de sa libéralité au cas de vente ultérieure de l'objet donné, condition qui n'a rien de contraire ni

aux lois, ni aux bonnes mœurs ; d'ailleurs que sert à M. Bénech de refuser au constituant le pouvoir de stipuler la clause de remploi, puisqu'il lui reconnaît la faculté de stipuler que « la femme ne pourra accorder l'autorisation d'aliéner qu'à la charge d'exiger le remploi ? C'est une pure question de mots.

## CHAPITRE IV

### QUI PEUT FAIRE L'EMPLOI ET LE REMPLOI

La question de savoir qui peut faire l'emploi ou le remploi doit être résolue différemment, suivant que le contrat de mariage s'explique ou ne s'explique pas sur ce point.

**Premier cas.** — *Le contrat de mariage contient une clause à cet égard.* — Il faut s'en tenir strictement à ce qui a été stipulé : peut, seule, employer ou remployer, la personne qui en a reçu le pouvoir dans le contrat de mariage ; si c'est le mari, il ne peut pas être suppléé par la femme et *vice versâ ;* de plus, il est absolument nécessaire que le fondé de pouvoirs se renferme étroitement dans la limite de ses pouvoirs ; par exemple, que le mari ait obtenu préalablement à l'acquisition l'autorisation de la femme, si cette formalité lui était imposée par le contrat de mariage. S'il est stipulé que l'emploi sera fait conjointement par le mari et par la femme, il ne pourra pas l'être par l'un d'eux seulement.

Toutes ces solutions sont implicitement contenues dans les arrêts de la Cour de Cassation déja cités, du 20 juin 1853 (D., 53, 1, 265) et 17 décembre 1855 (D., 56, 1, 174).

**Second cas.** — *Le contrat de mariage ne contient aucune clause à cet égard.* — Quand le contrat de mariage ne contient aucune indication, la personne habile à faire l'emploi varie suivant la période où l'on se place : aussi, nous distinguerons les trois périodes suivantes :

1° Période de l'administration du mari ;
2° Période de la séparation de biens ;
3° Période de la dissolution du mariage.

I. — *Période de l'administration du mari.* — Pendant cette période, qui va de la célébration du mariage à la séparation de biens, le pouvoir d'employer appartient au mari ; qu'on envisage, en effet, l'emploi comme acte d'administration ou de disposition, le pouvoir de l'effectuer est l'accessoire du pouvoir d'aliéner l'immeuble dotal. Or, la clause d'emploi donne au mari le pouvoir, le mandat d'aliéner ; donc, à lui aussi doit revenir le pouvoir de remployer.

II. — *Période de la séparation de biens.* — A qui le pouvoir d'employer appartient-il pendant cette période, qui s'étend de la séparation de biens à la dissolution du mariage?

Appartient-il au mari? Evidemment non, car, de deux choses l'une : ou l'emploi est un acte d'administration, et le mari ne peut pas le faire, puisque l'ar-

ticle 1449 lui a retiré l'administration des biens dotaux ; ou c'est un acte de disposition, et, *à fortiori*, n'a-t-il pas le pouvoir de l'effectuer ?

*Quid ?* lorsque le mari ayant accordé un délai aux acquéreurs du bien dotal, le délai n'expire qu'après la séparation de biens ? Dans ce cas même, le mari ne peut pas effectuer le remploi, car il est impossible d'admettre qu'il puisse, en accordant des délais, prolonger ses pouvoirs d'administrateur de la dot au-delà du terme fixé par la loi elle-même : la séparation de biens (art. 1449). La convention ne peut pas avoir plus de force que la loi (Rouen, 21 juin 1845, S., 46, 2, 334).

Le pouvoir d'employer appartient-il à la femme, après la séparation de biens ? — Oui, c'est en vertu de ses pouvoirs sur la dot que le mari pouvait faire emploi ; or, la séparation de biens a pour effet de les transmettre à la femme (art. 1549). Donc, comme le mari, pendant la durée de son administration, la femme peut employer après la séparation de biens.

La femme séparée de biens a-t-elle besoin de l'autorisation de son mari pour pouvoir remployer le prix d'un immeuble dotal, prix qu'elle ne peut toucher que sous la condition d'un remploi ? La cour d'Agen a résolu la question affirmativement, par un récent arrêt du 9 novembre 1881 (D., 1882, 2, 233). La doctrine est à peu près unanimement d'avis contraire (Aubry et Rau, T. v, § 516, note 59. Colmet de Santerre, T. xxii, n° 297). Elle se fonde sur ce que le remploi est un acte d'administration ; or, la femme séparée reprend la *libre* administration de ses biens. Donc, elle peut faire le remploi sans l'autorisation du mari.

Aux yeux de la cour d'Agen, ce raisonnement n'est pas acceptable, parce que le remploi n'est pas un acte d'administration. Par suite, l'art. 1449 est sans influence sur la question.

Le remploi, dit l'arrêt, est un acte de disposition, une acquisition. Or, d'après l'art. 217, la femme séparée de biens ne peut acquérir sans l'autorisation de son mari. Donc, elle ne peut faire le remploi sans cette même autorisation.

Bien que n'acceptant pas l'argument de la doctrine tel que nous venons de le formuler, nous sommes cependant de son avis, parce que nous croyons, avec MM. Labbé (Note sous Agen, 9 novembre 1881) et Demolombe (*Du mariage*, T. II, n° 157), que tout en laissant subsister, en principe, l'incapacité d'acquérir chez la femme, l'art. 1449 la relève néanmoins de cette incapacité, en ce qui concerne le remploi. En effet, la femme séparée de biens, dit l'art. 1449, peut disposer de son capital mobilier, et, « disposer d'un capital mobilier » c'est, de l'avis de tout le monde, placer ses capitaux. Or, on ne peut pas placer un capital sans acquérir. Donc, par cela même que la femme séparée de biens peut disposer de son capital mobilier, elle peut acquérir. Voilà la dérogation à l'art. 217. Appliquant ces principes à notre espèce, nous dirons : la femme séparée de biens, en faisant une acquisition à titre de remploi, dispose de son capital mobilier, fait un placement en immeubles. Or, elle peut, sans l'autorisation de son mari, disposer de son capital mobilier. Donc, elle peut, sans cette autorisation, faire le remploi.

En résumé, l'art. 1449 ne détruit pas l'art. 217

puisque la femme demeure incapable d'acquérir à *titre gratuit*, incapable d'acquérir pour *spéculer* ; il y déroge simplement en ce que la femme cesse d'être incapable d'acquérir à titre onéreux, pour le cas particulier où il s'agit d'un placement tel que, par exemple, le remploi de capitaux que son contrat de mariage soumet à cette condition.

III. — *Période de la dissolution du mariage.* — La dissolution du mariage ferme complètement l'ère du remploi. Personne, pendant cette période ne peut l'effectuer.

## CHAPITRE V

### DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI

Avant de pénétrer dans le domaine nécessairement très limité du droit positif, nous entrerons dans le domaine purement rationnel. De ces investigations jaillira une lumière qui éclairera toute la matière et nous aidera, plus d'une fois, à dissiper les ténèbres engendrées par le silence ou l'obscurité de la loi. L'utilité de ce rayon conducteur, se fait surtout sentir dans la section que nous abordons : Quelles sont les conditions de validité de l'emploi et du remploi ? Prodigue d'éclaircissements, de dispositions précises pour le régime de la communauté, le Code civil semble garder

rigueur au régime dotal, en lui mesurant les textes d'une façon par trop parcimonieuse. Puisque le législateur nous dérobe ses tablettes, nous scruterons sa pensée, ses intentions ; or, où pourrions-nous les trouver plus sûrement que dans les principes rationnels et philosophiques ? Car, le droit écrit n'est-il pas l'émanation même de la Raison, *ratio scripta*, suivant l'expression des jurisconsultes romains. Donc, demandons aux données naturelles s'il est logique d'admettre le remploi de *plein droit ;* et, dans le cas de la négative, à quelles conditions il convient d'en subordonner l'existence.

Elles nous répondent : Une somme d'argent est censée appartenir à celui qui la possède ; celui qui fait un acte, doit en recueillir le bénéfice. Aussi, c'est celui qui fait une acquisition qui doit devenir propriétaire, et non pas celui dont les deniers ont servi à faire cette acquisition ; seulement, comme personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, l'acquéreur sera tenu de rembourser son prix à qui le lui a fourni. Donc, je ne puis pas prétendre à la propriété d'un immeuble par cela seul que les fonds, payés au vendeur, sont sortis de ma bourse. Pour cela il faut, de la part de celui qui traite, un signe particulier, une indication faisant échec à la présomption que : « Chacun traite pour soi, » un signe, une indication manifestant, aux yeux de tous, que l'acquéreur n'a pas entendu acheter pour lui, mais bien pour moi. Et pour parler d'une façon plus concrète, il faut que l'acquéreur déclare qu'il achète pour autrui. Supposons que l'acquéreur est le mari, le propriétaire des deniers, la femme ; nous voilà dans la matière de l'emploi et du remploi ; voilà, au

point de vue rationnel, une des règles qui doivent les régir.

Ce n'est pas tout ; la raison doit être d'accord avec l'équité ; un acte légitime en lui-même peut, si l'on n'y prend garde, tourner au préjudice d'autrui, par l'abus qu'on en fait ; j'ai, entre les mains, une somme d'argent sur laquelle on a des droits ; il ne convient pas que je puisse la soustraire à l'action de ceux dont elle forme le gage, en la convertissant en un immeuble que, par des complicités mensongères et dolosives, je pourrais faire considérer comme payé des deniers d'autrui et acheté pour lui ; ou bien, voilà un immeuble réellement payé des deniers d'autrui, mais que j'ai eu l'intention d'acheter pour moi, un immeuble qui forme par conséquent le gage de mes créanciers ; il ne convient pas que je puisse le mettre hors d'atteinte de leurs poursuites, en établissant, par des complicités dolosives et mensongères, que cet immeuble appartient à autrui parce que j'ai eu l'intention de l'acheter pour lui. Or, quel remède la raison suggère-t-elle pour déjouer ces fraudes ? 1° indication dans l'acte d'acquisition de l'origine des deniers ; 2° intention d'acquérir pour le maître de ces deniers. A quoi vous servira de prétendre que vous avez payé l'immeuble des deniers d'autrui, si l'origine n'en est pas constatée dans l'acte ? Et si cette origine y est mensongèrement constatée, à quoi cela vous servira-t-il encore, puisque votre allégation sera facile à contrôler ?

En second lieu, à quoi bon prétendre que vous avez acquis pour autrui, puisque l'absence de déclaration dans l'acte, à cet égard, rendra votre prétention vaine et stérile ? Supposez maintenant que l'auteur de la

fraude est le mari, que la personne étrangère dont la complicité lui permet la fraude, est la femme ; vous voyez quel parti dangereux, pour les créanciers, les époux peuvent tirer du remploi, et comment la règle que nous venons de tracer pare à ce danger.

Enfin, la raison nous dit encore que la personne dont les deniers ont servi à l'acquisition ne peut pas être forcée de prendre, malgré elle, un immeuble au lieu de la somme qui lui est due. A elle seule il appartient d'être juge de son intérêt ; on ne peut pas devenir propriétaire malgré soi. Transportez-vous dans la matière du remploi fait par le mari pour la femme ; voilà la règle que la raison commande d'appliquer : il faut que la femme accepte.

Donc, du sein de la raison, nous déduisons la règle suivante : dans une législation bien faite, l'existence de l'emploi et du remploi doit être soumise aux conditions suivantes, *sous tous les régimes matrimoniaux*, parce qu'elles répondent à des nécessités qui se produisent sous tous les régimes : 1° la déclaration de l'origine des deniers ; 2° la déclaration de l'intention de faire l'emploi ou le remploi ; 3° l'acceptation de la femme.

Cette triple règle, le législateur l'a bien admise pour l'emploi et le remploi sous le régime de la communauté, dans les art. 1434 et 1435. Nous ne trouvons pas de dispositions analogues, pour ces mêmes actes, dans le titre du régime dotal ; nous nous trouvons seulement en présence de l'art. 1553, qui n'y fait pas la moindre allusion. Alors s'est posée la question de savoir si l'emploi et le remploi avaient lieu *ipso jure* sous le régime dotal ou bien, au contraire, si les

règles édictées en cette matière, sous le régime de la communauté, étaient extensibles au régime dotal. M. Laurent, un des rares partisans de l'emploi et du remploi *ipso jure* sous le régime dotal, motive son opinion sur l'absence d'un texte, dans le titre spécial à ce régime, soumettant leur validité à la double déclaration et à l'acceptation.

Bien loin qu'il fallût un texte pour que, sous le régime dotal, l'emploi et le remploi fussent assujettis aux mêmes conditions que sous le régime de la communauté, nous pensons, au contraire, qu'il faudrait un texte précis pour qu'on pût alléguer que la validité de ces deux actes échappe, sous le régime dotal, aux conditions dont elle dépend, sous celui de la communauté.

En effet, le législateur nous parle de l'emploi dans l'art. 1553, après nous en avoir déjà parlé dans les art. 1434 et 1435. Or, dans ces derniers articles, il le soumet à certaines conditions; donc, par cela seul qu'il nous en parle comme d'une chose déjà connue, sans nous dire un mot de ses éléments de validité, ne doit-il pas être censé s'en référer à ce qu'il nous a déjà dit sur ce sujet?

Mais, dit M. Laurent (T. XXIII, n° 519), l'emploi et le remploi sont des fictions et les fictions sont de droit étroit; donc, on ne peut pas étendre au régime dotal des prescriptions concernant le remploi, sous le régime de la communauté. Il y a là une équivoque ; la fiction, c'est l'emploi, le remploi en eux-mêmes; mais les conditions de validité de ces deux actes, ce n'est plus la fiction. Donc, de ce que les fictions sont de droit étroit, il s'en suivrait que nous ne pourrions pas étendre la

théorie du remploi au régime dotal, si le législateur s'était borné à la localiser dans le régime de la communauté; il ne s'ensuit nullement que, l'emploi étant admis sous le régime dotal (art. 1553), nous ne puissions le soumettre sous ce régime aux conditions auxquelles il est soumis sous celui de la communauté légale.

Tirons donc cette conclusion générale : la raison demande que les conditions de validité du remploi soient les mêmes sous le régime dotal que sous celui de la communauté ; le Code civil lui donne satisfaction en ne désavouant pas, sous ce dernier régime, les préceptes qu'il a formulés (art. 1434, 1435), sous le premier. Notre opinion reçoit aussi la consécration de l'art. 558 (C. comm.) qui, s'appliquant à *tous les régimes,* mentionne la double déclaration comme condition essentielle de la validité du remploi. Elle est adoptée par la presque unanimité des auteurs (Duranton xv, 489. Troplong, iv, n° 3429, ii, n°s 1137 et suiv.) et l'unanimité de la jurisprudence (Toulouse, 13 août 1841. S., 42, 2, 23, Pau, 29 février 1860, S., 60, 2, 415, Civ. Rej., 12 juin 1865, S., 65, 1, 298).

Maintenant que nous connaissons dans leur ensemble les conditions de validité de l'emploi et du remploi, étudions chacune d'elles en détail et séparément : 1° déclaration de l'origine des deniers et de l'intention d'opérer l'emploi ou le remploi ; 2° de l'acceptation.

## Section I

### *De la déclaration de l'origine des deniers et de l'intention d'opérer le remploi.*

I. *Origine des deniers.* — S'il est indispensable à l'existence du remploi que la nouvelle acquisition soit payée des deniers dotaux, il n'est pas nécessaire que ces deniers soient identiquement les mêmes ; il suffit que ce soit la même quantité ; car, en matière de choses fongibles, *tantumdem est idem*.

L'origine des deniers résulte suffisamment de l'indication de l'immeuble dotal vendu, de la créance dotale remboursée qui ont produit la somme à employer. Cette indication protège les créanciers du mari qui pourront facilement déjouer les fraudes, en s'assurant qu'il y a réellement un fonds dotal aliéné, une créance payée.

Cependant, lorsque le mari qui a dissipé les deniers dotaux, paie l'immeuble avec une somme empruntée, MM. Rodière et Pont (1, n° 657) réclament une indication distincte, précise de son origine. Nous n'en comprenons pas la nécessité, puisque l'identité des deniers n'est pas requise pour l'existence du remploi (Aubry et Rau, T. v, p. 304, note 70).

*Quid?* si, de concert avec le vendeur, le mari a exagéré le prix d'acquisition, de manière à retenir pour lui une partie de la somme ?

Nous examinerons cette question en nous occupant de la sanction des obligations qui résultent de la clause d'emploi et de remploi.

Lorsque la femme a accepté le remploi, le mari peut-il le faire annuler sous prétexte que la déclaration aux termes de laquelle l'immeuble a été acquis des deniers dotaux est mentionnée? Non; car qu'importe que la somme payée ne soit pas identiquement celle provenant des biens dotaux? Cette somme payée par le mari est l'équivalent des deniers qu'il a reçus et, en matière de choses fongibles, il n'en faut pas davantage (Cass. 6 décembre 1819. S., 1819. 1. 108).

II. *Intention d'opérer le remploi.* — Aux motifs généraux qui expliquent la nécessité de cette déclaration sous tous les régimes, s'ajoute une raison spéciale qui la rend plus urgente encore sous le régime dotal; il fallait empêcher les tiers qui traiteraient dans l'avenir avec le mari, sur l'immeuble acquis des deniers dotaux, d'être trompés. Or, la déclaration de remploi pouvait seule les mettre à l'abri des duperies. En effet, un tiers est en pourparlers avec le mari pour l'achat d'un immeuble; prudent, il consulte le contrat de mariage, il y voit que la dot de la femme est soumise à la condition de remploi, puis il consulte le titre de propriété du mari relatif à l'immeuble sollicité; aucune mention ne lui révèle que cet immeuble est destiné à servir de remploi à la femme; alors il traite en toute sécurité, se disant : « ou le remploi n'a pas encore eu lieu, ou il a eu lieu sur d'autres immeubles; le fonds que je me propose d'acquérir est bien au mari, je l'achète. » Si le remploi existait indépendamment de toute déclaration dans l'acte, cet immeuble, acheté avec la dot de la femme, serait dotal et pourrait, par conséquent, en vertu de l'art. 1560, être revendiqué entre les mains de l'acquéreur qui n'aurait eu aucun moyen de pré-

venir cette éviction. Pour que sa bonne foi ne soit pas surprise, il est absolument nécessaire qu'on l'avertisse du danger qu'il court, s'il achète l'immeuble dont il s'agit ; et le moyen d'information, ce sera la déclaration de l'intention d'effectuer le remploi (Toullier. XIV. n° 151).

Où cette double déclaration doit-elle être faite ? — Elle doit l'être dans l'acte d'acquisition *lors de l'acquisition*, dit l'art. 1434. La raison en est que l'insertion même de l'acte d'acquisition doit mettre le tiers en garde contre l'achat d'un immeuble affecté de dotalité, et les créanciers personnels du mari en garde contre les fraudes de leur débiteur.

Cependant la nécessité de l'insertion de la double déclaration *dans l'acte d'acquisition* a été contestée par MM. Rodière et Pont (1. n° 663). Il suffirait qu'elle fût insérée dans un acte postérieur, qu'elle fût faite *ex intervallo*.

Observons qu'au point de vue des tiers appelés à traiter avec le mari, la question n'a pas une importance aussi grande qu'on pourrait le croire. Voici pourquoi : le danger de la double déclaration *ex intervallo* consiste en ce que le mari, tout en exhibant l'acte d'acquisition (son titre de propriété) au tiers qui est en marché avec lui, peut retenir dans ses mains l'acte séparé qui mentionne la double déclaration ; et voilà ce tiers croyant acheter un immeuble parfaitement disponible qui achète, en réalité, un fonds indisponible puisqu'il est dotal. Nous disons que la question n'a pas une grande importance pratique, parce que la double déclaration, fût-elle faite *in continenti*, ne met pas les tiers complètement à l'abri des réticences fraudu-

leuses du mari. En effet, nous verrons plus loin que l'acceptation de la femme peut être faite *ex intervallo*, dans un acte distinct de l'acte d'acquisition. Or, supposez que l'acte d'acquisition d'un immeuble qu'un tiers se propose d'acheter au mari, mentionne la double déclaration; cela n'empêchera pas le mari de retenir entre les mains l'acceptation de la femme, d'affirmer au tiers que cette acceptation n'a point encore eu lieu et de le pousser ainsi à acheter un immeuble qu'à tort il croira disponible. Donc au point de vue des tiers appelés à traiter avec le mari, il importe peu que la double déclaration soit présente dans l'acte, puisque cette précaution ne les prémunit pas entièrement contre le danger qu'ils cherchent à éviter : les réticences frauduleuses du mari. Le système de protection ne serait complet que si l'obligation de l'insertion *in continenti* s'appliquait à la fois et à la double déclaration, et à l'acceptation.

Quoiqu'il en soit, l'intérêt de la question est, au point de vue des créanciers personnels du mari, que la nécessité de la double déclaration dans l'acte met à l'abri des preuves mensongères.

Nous verrons, hélas ! quand nous nous occuperons de la forme de l'emploi et du remploi, que cette protection est elle-même insuffisante, parce que le législateur n'a pas exigé la forme authentique pour l'acte d'acquisition.

Pour MM. Rodière et Pont, disions-nous, la double déclaration faite *ex intervallo* est insuffisante. Elle ne le serait pas pour le remploi des biens du mari, parce que l'art. 1434 nous dit formellement que la double déclaration doit être faite *lors de l'acquisition;* mais elle

suffit pour le remploi des biens de la femme, parce que l'art. 1435 ne reproduit pas cette précision. De plus, dans l'art. 1595-2°, il s'agit d'un remploi pour la femme. Or, dans ce remploi, la double déclaration a nécessairement lieu *ex intervallo*, puisque l'acte d'acquisition de l'immeuble abandonné à la femme, ne porte pas cette double déclaration, soit parce que le mari le possédait dès avant le mariage, soit parce qu'en l'acquérant *constante matrimonio*, il ne songeait pas au remploi des biens de sa femme. Ce raisonnement est inacceptable parce qu'il repose sur une équivoque. Se demander si la double déclaration peut être faite *ex intervallo*, c'est rechercher si elle peut être insérée dans un acte séparé de l'acte d'acquisition *qui fait entrer l'immeuble dans le patrimoine de la femme*, s'il est permis d'exposer les tiers a acheter à leur insu un immeuble dotal, en laissant au mari la possibilité de leur tenir caché l'acte contenant la double déclaration destinée à les avertir. Or, dans le cas prévu par l'art. 1595-2°, il y a deux actes d'acquisition : 1° celui qui a rendu le mari propriétaire de l'immeuble ; 2° celui qui transmet à la femme la propriété du même immeuble. La double déclaration doit être faite dans ce dernier acte, tout le monde en convient, même MM. Rodière et Pont. Qu'elle soit faite *ex intervallo*, par rapport au premier acte d'acquisition, c'est incontestable, mais là n'est pas la question ; il s'agit de savoir si elle pourrait avoir lieu séparément de l'acte d'acquisition *qui fait passer la propriété de la tête du mari sur celle de la femme*, et cette question, l'article 1595 la laisse entière. Il faut donc en chercher la solution dans la corrélation existant entre les art. 1434 et 1435. « ... La déclaration que l'acquisition est faite des

deniers personnels, provenant de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi... » dit l'article 1435. Or, de quelle déclaration s'agit-il ? évidemment de la déclaration telle qu'elle est règlementée par l'article précédent, de la déclaration faite *lors de l'acquisition*. La déclaration *ex intervallo* ne saurait donc suffire. (Aubry et Rau, S., v, page 304, note 70. Bourges, 26 avril 1837. S., 37, 2, 359.)

Lorsque le contrat de mariage porte que : « L'emploi ou le remploi aura lieu sur le premier acquêt que fera le mari, après la célébration du mariage. » la double déclaration est-elle nécessaire pour la validité de l'emploi ou du remploi ?

Cette question est ancienne et avait préoccupé nos anciens auteurs, notamment Duplessis « de la communauté, livre 2, section 2. » qui la résolvait par une distinction que nous trouvons très rationnelle: La double déclaration n'est pas nécessaire pour la validité du remploi vis-à-vis du mari et de ses héritiers ; aussi ne pourront-ils pas se prévaloir de son absence dans l'acte d'acquisition de cet immeuble, pour empêcher la femme de se l'approprier à titre de remploi, et, dans le cas où cet héritage ne serait point à sa convenance, ils ne pourraient pas davantage se prévaloir de la clause du contrat de mariage, pour la forcer à le prendre en remplacement de sa dot. A l'inverse, elle est nécessaire pour la validité du remploi vis-à-vis les créanciers du mari ; étrangers aux affaires de ce dernier, ils n'ont pas les moyens de savoir si tel immeuble de leur débiteur constitue ou non la *première acquisition* ; pour eux, il ne peut y avoir de dotal que l'immeuble dont le titre porte en lui-même la preuve de cette dotalité,

c'est-à-dire la double déclaration ; sinon on les mettrait à la complète discrétion du mari.

Les déclarations dont nous venons de parler sont-elles toutes deux nécessaires à la validité du remploi, ou bien une d'elles est-elle suffisante ?

D'après les uns, une seule de ces déclarations suffirait parce qu'il en était ainsi dans l'ancien Droit, comme semble l'attester Pothier (de la communauté, n° 198). Les rédacteurs du Code, qui ont reproduit le passage se référant à cette question presque mot pour mot, dans les art. 1434 et 1435, ont, par inadvertance, substitué la copulative « et » à la disjonctive « ou ».

Le sentiment général de la doctrine et de la jurisprudence de l'ancien Droit était défavorable à cette opinion. Plusieurs auteurs, entre autres Renusson (des propres, chap. VI, sect. 2) et Lebrun (de la communauté, Livre 3. ch. 2, sect. 2), se prononcent catégoriquement pour la nécessité de la déclaration simultanée de l'origine des deniers et de l'intention d'effectuer le remploi. Et l'on se demande si précisément les auteurs du Code ne se sont pas intentionnellement écartés de l'opinion de Pothier, à cause de la désapprobation générale qu'elle avait suscitée de la part de nos anciens jurisconsultes. C'est l'avis de la grande majorité des interprètes modernes, et, s'il a pour lui la lettre des articles 1434 et 1435, il faut avouer que la base rationnelle ne lui fait pas non plus défaut. En effet, si l'acte d'acquisition se borne à mentionner que l'immeuble est acquis des deniers dotaux, en pouvez-vous rigoureusement conclure que cet immeuble est destiné à servir de remploi à la femme ? Non, car le mari peut n'avoir eu d'autre but, en faisant cette mention, que de constater

le droit de la femme à une indemnité. (Req. rej. 23 mai 1838. S., 38, 1, 525. Nancy, 26 juin 1833. N° 4010-6°.)

Supposez à l'inverse que l'acte d'acquisition se borne à mentionner l'intention d'effectuer le remploi, passant sous silence l'origine des deniers; cette déclaration est assurément suffisante pour prévenir, éviter toute surprise aux tiers qui traiteraient avec le mari ; mais elle ne met pas suffisamment à couvert les intérêts des créanciers personnels du mari. L'acte d'acquisition porte que l'immeuble a été acheté pour servir de remploi à la femme; qui me dit que cet immeuble a été acquis avec les deniers dotaux plutôt qu'avec ceux appartenant au mari, et formant par conséquent le gage de ses créanciers? L'acte est muet sur leur origine ; il peut avoir été acquis aussi bien avec les uns qu'avec les autres, mais il y a doute. Or, la pensée de la loi, en matière de subrogation, est la suivante : « La subrogation donnant ouverture à un nombre infini de fraudes, n'existera à mes yeux qu'au cas du *strict* accomplissement des formalités que j'ai édictées, dans le but de rendre ces fraudes impossibles ; il faut que l'acte, l'instrument porte en lui-même la preuve du remploi; à défaut de cette preuve intrinsèque l'existence de la subrogation ne pourra être établie par aucune autre preuve extérieure à l'acte lui-même. Il n'y a pas subrogation. » Dans notre hypothèse, le mari, faute de s'être expliqué, est censé avoir acheté un immeuble avec ses propres deniers, lequel est simplement grevé de l'hypothèque légale; il forme le gage des créanciers.

Donc le texte et l'esprit de la loi ne nous permettent pas de douter de la nécessité de la double déclaration.

Quelle est la conséquence du défaut de la double déclaration dans l'acte d'acquisition? L'immeuble appartient au mari s'il l'a acheté en son nom ou, si l'ayant acheté au nom de la femme, celle-ci n'accepte pas; si la femme accepte l'immeuble acquis en son nom, il est paraphernal (Toulouse, 13 août 1841. D., 42, 2, 10).

La numération des deniers dotaux est-elle une condition essentielle du remploi? Certains auteurs et certains arrêts, interprétant les art. 1434 et 1435 d'une manière beaucoup trop étroite, l'ont soutenu (Voyez pour le régime de la communauté : Douai, 9 mars 1847, S., 49, 2, 26; pour le régime dotal : Paris, 6 mars 1847, S., 49, 2, 17). Dans quel sens faut-il résoudre la question? Un arrêt de la Cour de Cassation, du 6 janvier 1858 (S., 58, 1, 273), et un autre arrêt de la cour de Limoges, du 18 août 1865 (S., 66, 2, 192), l'ont résolue négativement, et nous adhérons complètement à leur manière de voir.

Ces arrêts, il est vrai, ont statué sur des espèces où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, mais leurs motifs sont également vrais sous le régime dotal.

Les partisans de l'opinion contraire s'appuient sur ces mots des art. 1434, 1435 : le mari doit déclarer que... « l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme. » Tout ce qu'on peut légitimement conclure de ces mots, c'est que l'existence de deniers, provenus de propres vendus, est une condition essentielle du remploi : pas de deniers ayant cette origine, pas de remploi possible, y eût-il la double déclaration et l'acceptation de la femme.

L'article 1435 se borne à nous dire : la femme ne pourra acquérir la propriété de l'immeuble acheté en remplacement d'un de ses propres vendus, que s'il y a une double déclaration dans l'acte d'acquisition, et acceptation de sa part. Et la transmission de la propriété quand s'opèrera-t-elle sur sa tête? S'opèrera-t-elle dès que les parties ont convenu ou simplement si le paiement suit immédiatement la convention? L'art. 1435 se tait; c'est donc qu'il s'en rapporte au droit commun. Or, d'après ce droit commun, la vente transfère la propriété à l'acquéreur, dès qu'il y a consentement sur la chose et sur le prix, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer le paiement au moment du contrat. Donc, la femme acquiert la propriété de l'immeuble acheté en remplacement de son fonds dotal, alors même que le prix n'aurait pas été payé au moment du contrat; donc il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait remploi, que le prix soit versé entre les mains du vendeur : qu'il soit payé, peu importe à quel moment, la loi n'en demande pas davantage.

Ah! sans doute, si le prix de l'immeuble reste impayé après le délai fatal imparti par la justice à la femme, l'acquisition qui constituerait le remploi sera résolue (art. 1654), mais la femme ne saurait provoquer elle-même cette résolution, ce qui aurait lieu cependant si le défaut de paiement du prix, au moment du contrat, était un cas de nullité du remploi. MM. Rodière et Pont (II, n° 1702), et Aubry et Rau (4e édit., T. V, p. 582, note 89 et p. 302, note 65) ont adopté l'opinion de la Cour de Cassation.

La lumière de ces principes va nous aider à discuter l'arrêt de la Cour de Paris, du 6 mars 1847, déjà cité.

Voici l'espéce : la dame Géhan s'est constitué en dot une créance de 12,000 fr. sur la dame de Maucune, créance dont, aux termes de son contrat de mariage, elle ne peut toucher le montant qu'à charge d'emploi. Les époux Géhan achètent au sieur Gavillon un immeuble qu'ils déclarent, dans l'acte d'acquisition, devoir être payé des deniers de la créance dotale non encore exigible, et destiné à servir d'emploi à la femme qui l'accepte.

Les époux Géhan n'étant pas payés à l'échéance, ne peuvent à leur tour payer au terme convenu, le sieur Gavillon, qui pratique une saisie-arrêt entre les mains de Maucune, débiteur de la dame Géhan. Celle-ci fait opposition, en se basant sur ce que la créance saisie est dotale et par conséquent insaisissable; la créance est dotale, allègue-t-elle, parce qu'il n'y a pas emploi, attendu que l'une de ses conditions essentielles — le paiement de l'immeuble au moment de l'acquisition — fait défaut. La Cour de Paris, annulant la saisie-arrêt, permet à Maucune de se libérer entre les mains de la dame Géhan, sauf justification d'un nouvel emploi.

Nous croyons avoir démontré que l'art. 1435, ni explicitement, ni implicitement, ne met la numération des deniers, lors de l'acquisition, au nombre des conditions du remploi. Par conséquent, dans l'espèce, l'emploi était consommé dès que les parties s'étaient mises d'accord sur la chose et sur le prix ; dès cet instant, le caractère de dotalité se dégageait de la créance pour se transporter sur l'immeuble ; la créance devenue disponible pouvait donc, à bon droit, être saisie-arrêtée par le sieur Gavillon.

Et, en vérité, les appréhensions qui nous paraissent

avoir si fortement impressionné la Cour de Paris, n'étaient-elles pas déplacées dans le litige qui lui était soumis ? Si vous déclarez la numération, lors de l'acquisition, inutile à la perfection du remploi, disait la Cour, il sera facile aux époux d'éluder le remploi prescrit par leur contrat de mariage ; car, d'une part, la créance destinée au paiement de l'immeuble perdant son caractère dotal, il sera loisible au débiteur de se libérer entre les mains de la femme, surtout si vous supposez que la femme n'a, lors de l'acquisition, consenti à son vendeur ni délégation, ni transport-cession de la créance; d'autre part, l'immeuble, n'étant pas payé, sera enlevé à la femme par l'action résolutoire, de sorte qu'elle perdra à la fois et sa dot et l'immeuble.

Mais un semblable danger était-il à redouter dans l'espèce ? Y avait-il lieu de craindre que le débiteur se libérât entre les mains de la femme et lui donnât ainsi le moyen de dissiper sa dot ? Non, car la saisie pratiquée entre ses mains frappait la créance d'indisponibilité. Ce danger n'existant pas, l'arrêt de la cour de Paris ne saurait donc se justifier. Loin d'annuler la saisie, elle devait au contraire, à notre avis, la valider. Le jugement de validité, produisant une délégation au profit du saisissant (le vendeur), ce n'est qu'entre les mains de celui-ci que pouvait se libérer le tiers saisi (le débiteur de la femme) ; le vendeur ainsi désintéressé, la femme ne courait pas le risque d'être évincée à suite d'une action résolutoire.

La Cour de Paris, quoique à regret, semble pourtant nous concéder la validité du remploi, en l'absence même de toute numération de deniers, pourvu que le contrat d'acquisition contint, au profit du vendeur, une

délégation ou un transport-cession de la créance dotale, parce qu'alors le débiteur ne pouvant payer valablement que le cessionnaire ou délégataire (art. 1242, C. civ.), la femme n'est pas exposée au danger de l'éviction.

C'est encore, d'après nous, de l'exagération. Que l'on conseille au vendeur comme mesure de prudence, ainsi que le fait M. Bénech (n° 22), de ne traiter avec la femme qu'après s'être fait consentir une délégation ou une cession-transport de la créance dotale, rien de plus sage ; mais qu'on subordonne la validité du remploi à l'accomplissement de ces mesures que la loi ne prescrit pas, cela ne se peut ; il n'est besoin ni de délégation ni de cession-transport pour donner au tiers le droit de payer entre les mains du vendeur ; il puise ce droit dans la responsabilité qu'il encourt comme garant de l'emploi ; si, renonçant à ce droit, il suit la foi des époux en les payant, tant pis pour lui ; il pourra être contraint de payer une seconde fois, et n'aura garde de renouveler son imprudence ; aussi paiera-t-il le vendeur et éteindra-t-il ainsi l'action résolutoire de ce dernier. Mais il serait vraiment exorbitant que la femme pût se dégager d'une convention qu'elle a librement acceptée, lors d'ailleurs que sa dot est sauvegardée par un recours et contre son débiteur, et contre son mari.

Comme conclusion, la numération du prix ne doit pas être comptée au nombre des conditions de l'emploi et du remploi.

Comme conséquence, le remploi et l'emploi *anticipatifs* sont possibles. Pendant longtemps, les auteurs et la jurisprudence ont été divisés sur ce point ; ceux qui voyaient, dans la numération du prix de vente de

l'immeuble dotal, une condition du remploi, ne pouvaient se dispenser, pour être logiques, de décider que l'aliénation de l'immeuble dotal devait précéder l'acquisition de l'immeuble destiné au remploi. C'était la condamnation du remploi anticipatif. Elle fut prononcée par les Cours de Paris (27 janvier 1820. S., 20, 2, 293, et 6 mars 1847), et de Bourges (1er août 1838. S., 38, 2, 455).

Par la raison des contraires, ceux qui répudiaient la numération du nombre des conditions du remploi, regardaient comme indifférent le moment précis où se plaçait l'aliénation de l'immeuble dotal. C'était reconnaître le remploi anticipatif. La Cour de Paris, revenant sur sa jurisprudence, le reconnut à son tour par arrêt du 20 novembre 1858 (D., 59, 2, 78), après la Cour de cassation (Cass. 5 décembre 1854. S., 55, 1, 74).

Reconnaître que l'art. 1435 embrasse, dans ses termes, aussi bien le remploi anticipatif que le remploi ordinaire, c'est évidemment décliner pour soi les inconvénients du premier et les rejeter sur le législateur ; on ne peut méconnaître, par exemple, que le remploi anticipatif sera, pour les époux, le moyen de se faire des donations irrévocables dépassant la quotité disponible entre époux (art. 1098, 1099. Paris, 27 juillet 1820, déjà cité).

Mais on fait certaines objections contre ce mode de remploi, qui sont faciles à réfuter. On dit : Le remploi par anticipation étant conditionnel (son existence est subordonnée à la vente de l'immeuble dotal) est nuisible aux tiers, en rendant incertaine la nature de la propriété (Paris, 27 janvier 1820, déjà cité). On répond que l'incertitude de la nature de la proprieté existe

aussi bien dans le remploi ordinaire, tant que la femme n'a pas accepté.

On dit, en second lieu : Le remploi par anticipation étant un contrat-d'acquisition sous condition potestative, est repoussé par l'art. 1174. On réplique qu'il ne s'agit pas là d'une condition purement potestative, puisque le mari sera dans la nécessité de vendre l'immeuble dotal, pour payer le prix, s'il veut éviter l'action résolutoire de son vendeur.

Enfin, toutes ces considérations vraiment théoriques échouent devant la considération pratique que voici : La plupart du temps, on ne trouve pas à vendre et à acheter simultanément ; souvent l'occasion d'acheter se présente avant celle de vendre ; c'eût été entraver le remploi, le rendre impossible que de l'interdire dans ce cas.

Fermons cette section en résumant, en trois mots, tout ce que nous venons de dire : la validité de l'emploi et du remploi dépend d'une double déclaration, dans l'acte d'acquisition : 1° déclaration de l'origine des deniers ; 2° déclaration de l'intention d'effectuer le remploi. La numération du prix, au moment de l'acquisition, est indifférente à cette validité.

## Section II

### *De l'acceptation.*

La raison nous a montré tout à l'heure qu'il n'y avait aucune différence à établir entre le régime de la communauté et le régime dotal, sous le rapport des condi-

tions de l'emploi et du remploi, et nous avons cherché en vain, dans le Code, un texte qui vint donner un démenti à la raison.

Certains auteurs, comme MM. Rodière et Pont (III, nos 1695, 1696) ont une opinion mixte sur la question de l'extensibilité des art. 1434 et 1435 au régime dotal. Tandis que, pour eux, la double déclaration serait une condition de la perfection du remploi sous ce régime, il n'en serait pas de même de l'acceptation.

La diversité de ces opinions vient, avons-nous déjà dit, de la diversité de nature qu'on attribue à la clause d'emploi ou de remploi.

Pour les uns, cette clause emporte mandat d'aliéner et mandat d'acquérir ; aussi n'appartient-il pas plus à la femme de critiquer l'acquisition faite par son mari que si elle l'avait faite elle-même. Pour les autres, cette clause emporte mandat d'aliéner et simple obligation de faire, dont l'exécution est soumise au contrôle de la femme ; aussi peut-elle, à son gré, accepter ou refuser, suivant que son intérêt lui commande de s'arrêter à l'un ou à l'autre de ces partis.

Nous avons montré que la vérité était de ce dernier côté ; que le mandat d'acquérir, témoignage de confiance absolue, était incompatible avec la clause d'emploi ou de remploi, mesure de défiance absolue ; qu'en conséquence, un mandat spécialement et formellement concédé par le contrat de mariage pouvait seul donner au mari le droit de faire le remploi sans le concours de sa femme.

Si nous revenons sur cette controverse déjà tranchée, c'est pour corroborer la solution de notre choix en lui donnant un nouvel appui : la Tradition. En effet,

passez en revue les œuvres de nos anciens jurisconsultes et dans aucune d'elles vous ne trouverez cette théorie, d'après laquelle la clause de remploi contiendrait un mandat à l'effet d'acquérir. (Charondas. *Réponses sur le Droit Français*, Rép. 20. *Du remploi des deniers dotaux promis par le mari*, II, Liv. XII, p. 589. Duplessis, *de la Communauté*, L. II. Sect. II. p. 470 et 471. Roussilhe, *de la Dot*, n° 185. Pothier, *de la Communauté*, n° 199).

Quand une opinion repose sur ces deux bases formidables, la Raison et la Tradition, il est impossible qu'elle ne triomphe pas; aussi devons-nous constater que la jurisprudence, laissant dans l'oubli deux arrêts ratifiant la théorie du mandat (Bordeaux, 25 avril 1820, N° 4025. Paris, 13 juin 1838. N°s 4025 et 1425), consacre aujourd'hui la nécessité de l'acceptation. (Toulouse, 13 août 1841. S., 42. 2. 23. Agen, 20 juillet 1858. S., 59. 2. 1. Pau, 29 février 1860. S., 60. 2. 495. Réq. 2 mai 1859. S., 59. 1. 293. Civ. rej. 12 juin 1865. S., 65. 1. 298). Ce dernier système a aussi rallié la majorité de la doctrine. (Laurent T. 23, N° 519. Aubry et Rau, T. v, p. 539.)

Nous ne nous dissimulons pas les objections qu'on peut, en dehors des principes juridiques, faire valoir contre le système de l'acceptation. L'exiger, dira-t-on, mais c'est légitimer le caprice de la femme qui, sans intérêt, pour le seul plaisir de la contradiction, mettra son mari dans l'impossibilité d'aliéner valablement l'immeuble dotal en refusant indéfiniment le remploi qui lui sera offert! Nous pourrions nous contenter de répondre : Ne pas exiger l'acceptation, mais c'est exposer la femme à la perte, à la dépréciation de sa

dot, puisqu'il sera permis au mari d'y substituer un immeuble quelconque, sans que son épouse puisse se plaindre !

On s'est demandé, s'il n'y avait pas moyen de concilier ces deux intérêts extrêmes. MM. Rodière et Pont (en supposant — ce qu'ils ne croient pas — que l'acceptation soit nécessaire) ont cru trouver (n° 1697) un moyen terme dans le système qui était déjà pratiqué au XVI• siècle (voy. Charondas, loc. cit.), c'est-à-dire qu'ils érigent le tribunal juge de la légitimité du refus de la femme, de sorte qu'elle serait tenue de prendre l'immeuble reconnu constituer, pour elle, une acquisition avantageuse, dégagée de l'obligation de le prendre, si l'acquisition était mauvaise.

Nous ne pouvons reconnaître ce droit aux tribunaux; imposer à la femme un immeuble qu'elle ne veut pas, à la place de son fonds ou d'un droit de reprise contre son mari, c'est véritablement l'exproprier; or, l'expropriation est un droit tellement exorbitant, qu'on ne peut l'ordonner que dans les cas limitativement prévus par la loi; or, aucune disposition législative ne prévoit celui dont nous nous occupons.

Le seul moyen de donner satisfaction aux intérêts du mari et de la femme, consisterait dans l'insertion d'une clause, au contrat de mariage, constituant les tribunaux juges des différends qui pourraient s'élever entre les parties, sur l'utilité du remploi. La délégation des pouvoirs que reçoit le juge fait alors disparaître ce qu'a de choquant une mesure arbitraire d'expropriation.

La clause par laquelle le mari a été autorisé à vendre *seul* un immeuble dotal à charge de remploi,

emporte-t-elle, pour lui, la faculté de faire le remploi sans le concours de la femme? Nous sommes portés à le croire; car il n'est plus vrai de dire que le mari peut vendre *seul*, si la validité de l'aliénation dépend de l'acceptation, par la femme, du remploi qui lui est offert. Les pouvoirs conférés au mari, sous une pareille formule, nous paraissent donc contenir un mandat, et à fin d'aliéner et à fin d'acquérir; le mari ne peut vendre seul que s'il peut faire seul l'acquisition qui est la condition *sine quâ non* de l'aliénation (Rodière et Pont, III, n° 1842).

*Quid?* de la clause qui confère au mari et à la femme conjointement le pouvoir d'aliéner? La nécessité de l'acceptation est parfaitement compatible avec cette clause; l'acceptation ou le refus du remploi est précisément l'exercice du droit que s'est réservé la femme de concourir à la vente, c'est-à-dire d'y donner son approbation ou d'y apposer son veto (Rodière et Pont. Ibid.).

Reconnaissons cependant que la jurisprudence ne résout pas la question en principe; elle déduit les pouvoirs du mari de l'ensemble des termes du contrat de mariage qu'elle apprécie souverainement (Agen, 20 juin 1858, S., 59, 2. 1, Req. rej. 2 mai 1859, S. 59, 1, 293. Grenoble, 25 avril 1861, S. 61, 2, 565).

Le fait, par la femme, d'indiquer et de déterminer le mode de l'emploi et du remploi, dans son contrat de mariage, équivaut à un mandat d'acquérir. La femme ne peut donc pas refuser dans ce cas, *pourvu que l'utilité de ce remploi ne dépendît pas du mode d'exécution. Secùs*, la femme serait libre de refuser dans le cas où l'exécution serait défectueuse

(Voyez *infrà* ce que nous disons à propos de la responsabilité du mari et des tiers).

*Quid?* lorsque le contrat de mariage porte que les premières acquisitions *du mari* serviront d'emploi ou de remploi? l'acceptation n'est pas nécessaire; en conséquence la femme n'est pas libre de refuser. Quoiqu'en disent MM. Aubry et Rau (T. v, p. 308, note 85), il nous paraît difficile d'interpréter cette clause autrement que par une acceptation anticipée de la femme, ou une renonciation à son droit de refuser. Ce n'est pas là interpréter *contre la femme* une clause établie dans son intérêt, c'est en resserrer les effets dans les justes limites *qu'il lui a plu* de tracer elle-même (Toullier, XII, 363. Troplong, II, 1138). La femme pouvait donner à son mari le pouvoir d'aliéner *sans* condition; *à fortiori* a-t-elle pu subordonner ce pouvoir à un remploi laissé à l'entière appréciation du mari.

L'acceptation est nécessaire, au contraire, quand le contrat de mariage destine au remploi les premières acquisitions *des époux*. La femme est libre de refuser en ce cas, parce que la formule de la clause ne permet pas de douter qu'elle se soit réservé le droit de concourir à l'acquisition (Troplong, n° 3198).

Enfin, l'acceptation n'est pas nécessaire lorsque le contrat de mariage donne au mari le pouvoir d'effectuer le remploi sans le concours de la femme (Aubry et Rau, T. v, p 581).

Où l'acceptation doit-elle être faite? — Les avis sont partagés sur cette qnestion. Les uns ne se préoccupant pas des termes de l'art. 1435, mais seulement des inconvénients de l'acceptation qui aurait lieu séparément de l'acte d'acquisition, disent : l'accepta-

tion doit être faite dans l'acte d'acquisition ; l'admettre postérieurement, ce serait, d'une part, violer la règle : *quem sequuntur commoda, eumdem debent sequi incommoda* ; ce serait, d'autre part, exposer à la fraude les tiers qui traiteraient avec le mari, au sujet de l'immeuble destiné au remploi, en lui donnant la faculté de dérober à leurs yeux la connaissance de l'acte d'acceptation tout en leur présentant, d'ailleurs, l'acte d'acquisition.

Bien que déplorant ces inconvénients, les autres répondent qu'ils n'ont pas arrêté le législateur, puisque l'art. 1435, prévoyant le cas où la femme n'a été ni présente ni représentée au contrat d'acquisition (pourrait-il être, en effet, question d'acceptation si la femme avait parlé au contrat), décide par là-même que l'acceptation peut intervenir utilement après coup. (Troplong, n° 119). Placé entre une critique de la loi et la loi elle-même, nous ne pouvons pas hésiter à nous prononcer pour la possibilité de l'acceptation *ex intervallo*.

L'acceptation peut-elle émaner de la femme seule ? — Evidemment oui ; car en admettant le remploi au nombre des actes qui nécessitent l'autorisation maritale (art. 217), on peut dire que la femme qui accepte est toujours autorisée ; en effet, si le mari fait une offre à la femme, c'est qu'il la met en mesure, l'autorise à l'accepter ; or, l'acquisition faite par le mari sous la double déclaration de l'art. 1435, est une offre de remploi. Donc la femme qui l'accepte est toujours munie de l'autorisation préalable de son mari. (Duranton, T. xv, n° 432.)

Comment l'acceptation doit-elle être faite ? — Elle doit être faite *purement* et *simplement* et *sans division*.

*Purement* et *simplement*. Par suite, la femme ne peut accepter sous condition. L'intérêt de l'Etat à la circulation des biens et la sécurité des tiers, demandent que l'incertitude de la propriété ne soit pas indéfiniment prolongée.

*Sans division*. Cela veut dire que, le mari faisant une seule acquisition portant sur plusieurs unités, la femme ne peut pas accepter certaines de ces unités en remploi et répudier les autres. Il y a, à cela, d'abord une raison théorique; il doit y avoir toujours concordance entre l'offre et l'acceptation : or, le mari offre à la femme, en remploi de sa dot, *un tout;* il ne peut pas dépendre d'elle d'accepter *la partie* seulement, puisque l'offre ne porte pas sur la partie. En second lieu, une raison pratique : plusieurs objets distincts peuvent avoir, considérés dans leur ensemble, beaucoup plus de valeur que considérés individuellement. Telles pièces de terre, vendues isolément, ne produiront qu'une somme de 30.000 fr., qui produiraient le double, si elles étaient vendues ensemble, comme formant un seul domaine. Or, le mari qui a fait une acquisition de cette nature, l'a payée en conséquence. Il peut avoir intérêt à s'en défaire, au cas où la femme la répudierait. Or, il ne convenait pas d'autoriser la femme à s'approprier certaines parcelles, à restituer les autres, dépréciées par leur isolement; car le mari, privé de la faculté de les revendre *en bloc*, eût éprouvé un réel préjudice à la revente.

Mais bien différent est le cas où le mari fait plusieurs acquisitions *successives*, pour remployer la dot, et les

offre *séparément*, à *diverses époques*, à la femme. Rien ici ne l'empêche d'accepter les unes et de répudier les autres, car cette manière de faire ne porte atteinte ni à la théorie de l'offre, ni aux intérêts du mari (Bénech, n° 37. Troplong, n° 1131).

Quand l'acceptation doit-elle être faite?

Il importe, dès l'abord, de dissiper tout malentendu. On peut se poser deux questions qui, à première vue, ont l'air de n'en faire qu'une seule et sont, en réalité, profondément différentes, parce qu'elles supposent des situations différentes : Quand la femme *doit-elle* accepter, quand la femme *peut-elle* accepter ?

La première suppose le conflit de deux personnes, la femme et un tiers, intéressées l'une à ce que l'acceptation puisse avoir lieu, l'autre à ce qu'elle soit désormais impossible. La femme entend exciper d'un droit pour accepter, le tiers entend lui-même exciper d'un droit pour s'opposer à l'acceptation. La seconde de ces questions ne suppose pas de conflit; le tiers est intéressé à ce que la femme accepte, désire cette acceptation, mais ne l'exige point; la femme pourrait refuser, mais accepte bénévolement. Le tiers n'excipe d'aucun droit, et la femme ne remplit pas une obligation, mais use d'une faculté.

Expliquons-nous : voilà deux époux mariés sous le régime dotal ; le fonds dotal, stipulé aliénable à charge de remploi, a été vendu; avec le prix, un autre immeuble a été acquis pour servir de remploi à la femme; la dissolution du mariage arrive sans qu'elle ait accepté. Cet immeuble soulève le conflit de deux personnes : la femme, et un créancier du mari. La femme, qui désire la propriété de cet immeuble, dit: cet héritage,

peut être à moi, car nonobstant la dissolution du mariage, j'ai encore le droit de l'accepter à titre de remploi. Le créancier intéressé à ce que le mari en soit déclaré propriétaire, riposte : il ne peut plus être à vous, parce que la dissolution du mariage en a irrévocablement fixé la propriété sur la tête du mari : j'ai un droit acquis à ce que vous ne puissiez plus accepter. Alors la question suivante se pose : quand la femme *doit-elle* accepter ? Son acceptation doit-elle intervenir pendant la durée du mariage, elle serait tardive après la dissolution ; c'est le créancier du mari qui doit triompher dans sa prétention. Son acceptation peut-elle intervenir après la dissolution du mariage, c'est la prétention de la femme qui doit l'emporter. Telle est la portée de la question que nous nous sommes posée. Tout en conservant la même hypothèse, mettons la femme en présence de l'acquéreur de son immeuble dotal. Ce dernier est intéressé à ce que la femme accepte afin que, le remploi se réalisant, son acquisition lui reste ; mais il ne lui conteste par le droit de refuser. La question se pose alors de savoir si la femme *peut* accepter. Ici, nul doute possible; sans doute l'immeuble, accepté après la dissolution du mariage, pourra n'être pas dotal et former le gage de ceux qui sont devenus les créanciers de la femme *pendente matrimonio*; mais qu'importe, puisque le mariage dissous, la femme peut ratifier les obligations qu'elle a contractées pendant le mariage. Ici la femme n'accepte pas par obligation, elle accepte parce qu'il lui plaît d'accepter, pouvant d'ailleurs, si cela lui convient, refuser. Telle est la question qui est en dehors du débat.

Le terrain de la discussion ainsi circonscrit, deman-

dons-nous donc quand l'acceptation doit être faite? à quelle époque elle a du intervenir pour que la femme ne soit pas déchue du droit de s'approprier l'immeuble acquis de ses deniers dotaux, pour lui servir de remploi?

Cette question a une connexité intime avec cette autre : quand peut-on faire l'emploi et le remploi? Si l'on se trouve dans la période où le remploi est encore possible, l'acceptation sera elle-même possible; si l'on se trouve, au contraire, dans la période où le remploi est devenu impossible, l'acceptation ne pourra pas non plus avoir lieu. Pour éviter une répétition inutile, nous renvoyons nos lecteurs au chapitre : « Quand peut-on faire l'emploi et le remploi. » Nous supposons prouvé que l'emploi et le remploi ne sont possibles que pendant la durée du mariage. Nous dirons donc : l'emploi et le remploi étant possibles : 1° pendant la période de l'administration du mari; 2° pendant la période de la séparation de biens, l'acceptation de la femme pourra intervenir utilement à l'une de ces deux époques.

Nous repoussons l'opinion de M. Bénech (nos 45 et 93) d'après laquelle l'acceptation ne serait possible que pendant la durée de l'administration du mari. Cet auteur se fonde : 1° *sur ce que les choses ne sont plus entières après la séparation de biens.* Qu'est-ce que cela veut dire? Une seule chose : à savoir que le mari n'a plus, après la séparation de biens, les pouvoirs qu'il avait sur la dot antérieurement. Que nous importe ? C'est là chose indifférente à la question. Par la double déclaration contenue dans l'acte d'acquisition du nouvel immeuble, le mari offre cet immeuble à sa femme en remploi de sa dot. Dès lors, nous n'avons qu'une chose à nous demander : le mari a-t-il ou non

révoqué son offre ? Nous supposons qu'il ne l'a révoquée ni par la revente de cet immeuble, ni par la concession de droits réels le grevant. Donc, après la séparation de biens, l'offre subsiste ; qu'est-ce qui pourrait empêcher la femme de l'accepter ? Il n'y aurait pour nous qu'un obstacle, l'insusceptibilité de l'immeuble à devenir dotal. Or, la séparation de biens laisse subsister la dotalité, aussi bien pour le passé que pour l'avenir ; M. Bénech le reconnaît lui-même, à la page 118. Pourquoi donc la femme ne pourrait-elle pas accepter, après la séparation de biens, le remploi que le mari lui a offert, avant cet événement ? Pourquoi ? — M. Bénech nous l'a dit au n° 93 — Parce que : 2° « la propriété ne peut demeurer incertaine par rapport aux créanciers ; qu'il serait contre le bon ordre de permettre aux époux de se jouer de l'intérêt des tiers et de remettre après la séparation de biens, la fixation de la nature de l'immeuble. » Cet argument ne prouve pas parce qu'il prouve trop : si le bon ordre demande qu'il n'y ait pas d'incertitude sur la nature de l'immeuble, il faut exiger qus la femme accepte *dans l'acte même d'acquisition*, car ce n'est qu'à cette condition que la nature de l'immeuble ne sera pas, un seul instant, en suspens. Or, M. Bénech (n° 93) ne va pas jusque-là ; il critique même l'opinion de M. Delvincourt qui (T. III, p. 290), répudiant formellement l'acceptation *ex intervallo*, se prononce pour la nécessité de l'acceptation *in continenti*. Mais alors, puisque le *bon ordre* ne s'oppose pas à la validité de l'acceptation *ex intervallo*, laquelle met en suspens la nature de l'immeuble, pourquoi ce même *bon ordre* s'opposerait-il à la validité de l'acceptation après la séparation de biens, sous

prétexte qu'elle met en suspens la nature de l'immeuble?

Il n'y a donc pas de raisons sérieuses qui puissent faire prohiber l'acceptation de la femme après la séparation de biens.

Mais, l'acceptation de la femme ne peut pas intervenir utilement après la dissolution du mariage, parce que le remploi n'est plus possible à cette époque.

On pourrait s'insurger contre cette proposition et dire : la femme ne peut pas aliéner sa dot pendant le mariage. Or, par suite de l'influence du mari, l'acceptation pendant le mariage portera le plus souvent sur un remploi insuffisant et constituera ainsi l'aliénation indirecte de la dot. Donc la sauvegarde des intérêts de la femme demande qu'elle ne puisse pas accepter *pendente matrimonio*, mais seulement après la dissolution du mariage, lorsqu'elle a recouvré toute son indépendance. Nous répondrions qu'il est inutile de recourir à une mesure aussi radicale pour sauvegarder les interêts de la femme. En effet, si l'acceptation de la femme constitue une aliénation de la dot, parce qu'elle porte sur un remploi insuffisant, cette acceptation ne sera valable qu'autant que la femme la ratifiera après la dissolution du mariage, époque où sa dot est devenue disponible. Il est inutile de proscrire l'acceptation pendant le mariage, à cause des abus qu'elle peut engendrer ; il suffit d'autoriser la femme à revenir sur elle lorsqu'elle lui est nuisible.

Quelle est l'opinion de la jurisprudence? — La jurisprudence n'est pas complètement fixée sur le point de savoir si l'acceptation de la femme est encore possible après la séparation des biens ; pendant

longtemps elle s'est prononcée pour la négative ; mais il résulte des arrêts les plus récents qu'une réaction s'opère en faveur de l'affirmative. C'est là, croyons-nons le retour aux vrais principes (voyez notamment : Paris, 26 février 1868. S., 68. 2. 73).

La majorité des Cours d'appel refuse à la femme le droit d'accepter après la dissolution du mariage. La Cour de cassation et la Cour de Caen se livrent à des distinctions que nous examinerons plus tard, mais que nous ne pouvons pas admettre.

Quels sont les effets de l'acceptation ? — L'acceptation produit deux effets principaux :

I. Elle rend la femme propriétaire de l'immeuble acquis en remploi. (Grenoble, 4 mars 1848. D., 49. 2. 77. Caen, 24 août 1852. D., 53. 2. 106. Cass. 3 avril 1855. D., 55. 1. 102). Dès qu'elle est consommée, cet immeuble est donc à ses risques et périls ; les biens du mari sont dégrevés de l'hypothèque légale *pour le remboursement de la dot* puisque, par l'effet du remploi, cette dot est revenue entre les mains de la femme convertie en immeuble ; cette hypothèque subsiste néanmoins, pour la garantie de l'indemnité dont le mari serait redevable s'il venait à dégrader le nouvel immeuble (Art. 2121 et 2135).

Si l'immeuble acquis en emploi ou en remploi est d'une valeur supérieure à la somme employée ou remployée, il n'appartient à la femme que jusqu'à concurrence de cette somme (Bordeaux, 1er avril 1844. D., nº 4015. Civ. 3 avril 1855. D., 55. 1. 102).

A qui appartient la partie de cet immeuble correspondant à l'excédant du prix sur la somme employée ? Au mari s'il a acheté en son nom, et il devient alors

le copropriétaire de la femme ; à la femme s'il a acheté au nom d'icelle, à charge d'indemniser son mari. (Bénech, n° 90.)

L'acceptation de la femme est-elle irrévocable ? En principe, oui ; la femme qui a accepté est à jamais propriétaire ; il ne dépend plus d'elle de répudier l'héritage acquis en emploi de ses deniers dotaux, ou en remploi de son immeuble dotal, pour pouvoir reprendre ce dernier ou réclamer le remboursement de ses capitaux dotaux.

Exceptionnellement, l'acceptation peut être rescindée : 1° Qnand elle est entachée d'une des causes de nullité ou rescision consacrées par le droit commun, comme le dol, la violence, l'erreur, etc. 2° Quand elle porte sur un remploi qui était insuffisant au moment où il a été accepté.

Ce dernier point souffre quelques difficultés, parce qu'il soulève le conflit de deux règles de droit également indiscutables. L'acceptation, c'est-à-dire la ratification du remploi effectué par le mari, équivaut à un mandat : *ratihabitio mandato œquiparatur*. Or, la personne du mandataire se confondant avec celle du mandant, lorsque le mari a acheté, c'est en réalité la femme qui a fait l'acquisition. Dès lors ne doit-elle pas supporter, sans se plaindre, les imprudences, les négligences du mari qui viennent amoindrir, anéantir peut-être son acquisition, comme, sans se plaindre, elle devrait supporter ses propres imprudences, ses propres négligences ?

Mais à côté de cette règle, il en existe une autre : la femme ne peut faire, pendant le mariage, aucun acte qui puisse porter atteinte directement ou indirec-

tement à la conservation de sa dot. Or, l'acceptation complètement *libératoire* d'un remploi insuffisant est un acte qui porte atteinte à la conservation de la dot; la femme la perd tout entière, si le nouvel immeuble est évincé par suite d'une action hypothécaire; elle en perd la moitié si le nouvel immeuble ne vaut que 10 tandis que la dot était de 20 ou que le fonds dotal valait 20. Donc il est inadmissible que la femme ne puisse pas revenir sur une acceptation compromettant sa dot. La jurisprudence appelée à régler le conflit n'a pas hésité à faire triompher cette dernière règle au détriment de la première.

Ainsi un arrêt de la cour de Caen, du 18 décembre 1837 (L. 39. 2. 186), a décidé que : « Le jugement qui, sur une enquête présentée par la femme et l'acquéreur déclare valable le remploi d'un immeuble dotal jusqu'à concurrence d'une certaine somme, n'empêche pas que la femme puisse contester plus tard la quotité de la somme pour laquelle le remploi doit être valable; » la cour de Rouen (D., 1841, 2) a décidé de même que : « L'acquéreur d'un bien dotal aliénable à charge de remploi, était fondé dans son refus de payer le prix pour cause de remplacement *insuffisant, bien que la femme eût déclaré se contenter de ce remplacement*.» Enfin, la Cour de Toulouse, allant plus loin encore, décide, dans un arrêt du 6 juillet 1846 cité par M. Bénech (p. 128), « que les décisions judiciaires intervenues pendant le mariage contre le mari, la femme étant présente dans l'instance, ne sauraient porter atteinte au principe de l'inaliénabilité de la dot, constituer l'exception de la chose jugée au préjudice de la femme, et faire déclarer celle-ci non recevable

à reproduire après la dissolution du mariage ou la séparations de biens, les prétentions qui ont déjà été tranchées. » Le principe de l'inaliénabilité de la dot l'emporte donc sur celui de la chose jugée tant que la femme n'a pas recouvré son indépendance par la dissolution du mariage.

La pensée qui anime ces arrêts est donc celle-ci : quoiqu'elle dise et quoiqu'elle fasse, la femme ne peut pas compromettre sa dot. Sans entendre le moins du monde approuver chacun de ces arrêts *individuellement*, nous en approuvons toutefois l'esprit, car il nous semble illogique de reconnaître soit au mari, soit aux tiers, le droit d'argumenter contre la femme d'une acceptation exigée par la loi *uniquement* dans son intérêt, pour assurer la conservation de l'intégrité de sa dot. L'acceptation est une arme défensive que le législateur met entre les mains de la femme ; ni le mari, ni les tiers ne doivent pouvoir s'en emparer pour en user contre elle. Ils le doivent pouvoir d'autant moins, que l'acceptation est peut-être le fruit de la pression, de l'abus d'autorité dont le mari s'est rendu coupable ; on ne doit pas rendre la femme, la chaîne brisée, victime d'une adhésion qu'elle n'a pas été maîtresse de refuser.

Ces considérations nous amènent à faire la distinction suivante : La femme est irrévocablement liée par son acceptation, si le remploi est suffisant au moment où elle a été faite ; elle peut revenir sur cette acceptation, s'il est insuffisant à ce même moment. Donc, nonobstant l'acceptation, nous rendrons le mari et les tiers responsables « de toutes les causes d'éviction ou d'insuffisance antérieures ou concomitantes au remploi» pourvu toutefois que l'inutilité ou l'insuffisance de ce

remploi puissent être attribuées à leur faute (Bénech, p. 50 et suiv.).

*Nota.* — Pour ces questions de responsabilité, voir ce que nous disons *infrà* au chapitre : « Des obligations résultant des clauses d'emploi et de remploi ».

II. L'acceptation rend *dotal* l'immeuble acquis en emploi ou remploi ; cela résulte de l'art. 1553. Il devient dotal, car il est subrogé au fonds dotal ou aux deniers dotaux dont il prend la nature : *Subrogatum capit naturam subrogati* (Montpellier, 21 février 1851. D., 54, 2, 203. Caen, 24 août 1852. D., 53, 2, 106).

Si l'immeuble acquis en emploi ou remploi est d'une valeur supérieure à la somme employée ou remployée, il n'est dotal que jusqu'à concurrence des fonds dotaux entrés dans le prix (Toullier, IV, n° 155. Bordeaux, 1er avril 1844. S., 44, 2, 595, et arrêts cités plus haut). On ne peut pas admettre que l'immeuble soit dotal pour le tout, ce serait violer l'art. 1543, aux termes duquel la dot ne peut pas être augmentée pendant le mariage.

L'immeuble acquis en remploi est-il dotal, lorsque l'acquéreur du fonds dotal a été évincé à suite d'une action hypothécaire ? Oui, car l'hypothèque grevant cet immeuble n'empêche pas la femme d'en avoir été propriétaire ; la subrogation a pu avoir lieu.

*Quid ?* lorsque l'acquéreur est évincé à suite d'une action en revendication ? Nous avons déjà traité cette question en parlant des éléments essentiels du remploi.

L'immeuble acquis en remploi ne demeure-t-il pas dotal, après la résolution ultérieure de la vente pour défaut de paiement du prix, au regard de celui qui,

ayant prêté des fonds pour la réparation de cet immeuble, a une hypothèque sur le fonds dotal? Cette question s'est présentée dans les circonstances suivantes : la femme disait à son prêteur : la vente de l'immeuble acquis en emploi ayant été résolue, cet immeuble n'a jamais été dotal. Donc, vous avez une hypothèque, sur mon fonds dotal, garantissant la restitution de deniers prêtés pour la réparation d'un immeuble qui n'a jamais été dotal ; cette hypothèque a été donnée en dehors des cas prévus par la loi ; vous ne pouvez pas vous en prévaloir. Mais la Cour de cassation a rejeté ces prétentions en maintenant, par une fiction, la dotalité de l'immeuble au regard du prêteur. Les conditions du remploi ayant été remplies, l'immeuble acquis était dotal au moment de l'emprunt ; le prêteur est complètement étranger à l'éviction ; on ne peut lui faire perdre une sûreté qu'il a acquise sur la foi de la double déclaration contenue dans l'acte d'acquisition et de l'acceptation de la femme (Req., 22 mai 1849. D., 49, 2, 177).

L'immeuble devient donc dotal ; concluons-en qu'il est comme celui dont il a pris la place, inaliénable, imprescriptible et insaisissable.

Une remarque qui fait ressortir la profonde différence existant entre l'emploi et le remploi au point de vue de l'inaliénabilité, trouve ici sa place. L'inaliénabilité qui frappe l'immeuble acquis en emploi est *absolue,* tandis que l'immeuble acquis en remploi peut être revendu par le mari s'il en opère le remploi. — Pourquoi cette différence? Elle vient de la différence des droits que chacune de ces deux clauses confère au mari. La clause d'emploi lui donne le droit et lui

impose l'obligation de convertir la dot mobilière en un immeuble, ni plus ni moins. Donc, dès que cette conversion est faite, son droit est épuisé ; la clause ne lève pas pour lui la prohibition d'aliéner l'immeuble dotal, contenue dans l'art. 1554.

La clause de remploi lève, au contraire, pour lui, la prohibition d'aliéner qui s'étend sur l'immeuble dotal. Le mari avait donc le droit d'aliéner cet immeuble à charge de remploi; or, en vertu de la fiction de subrogation, le nouvel immeuble prend si bien la place du fonds dotal, qu'il en revêt l'individualité pour ainsi dire ; donc, le mari doit nécessairement avoir le droit de l'aliéner aux mêmes conditions (Sériziat. *Du régime dotal*, p. 137, n° 125. Aubry et Rau, p. 583, note 99, T. v).

La dotalité de l'immeuble acquis en remploi et payé, pour partie seulement, des deniers dotaux, prime-t-elle le privilège du vendeur? La question a une grande importance pratique : si non, en supposant que le prix d'adjudication ne soit pas supérieur à la créance du vendeur, la femme perd la partie du prix qu'elle avait déjà payée. Si oui, conservant l'immeuble acquis en remploi, par là-même elle conservera sa dot; c'est le vendeur qui est en danger de perdre son prix.

On s'était prononcé pour l'affirmative : les obligations contractées pendant le mariage, disait-on, ne peuvent pas être exécutées sur les biens dotaux; or, l'obligation de payer le prix a été contractée pendant le mariage ; donc, le vendeur de l'immeuble acquis, en partie, des deniers dotaux ne peut pas saisir l'immeuble qui est dotal, comme subrogé au fonds dotal.

Un arrêt de la cour de Nîmes, du 11 janvier 1881

(S., 82, 2, 137), faisait justice de ce raisonnement, en disant : La dotalité n'est pas opposable aux droits préexistants ; ainsi, les dettes de la femme, antérieures au mariage et ayant date certaine, peuvent être poursuivies sur l'immeuble dotal. Or, le vendeur d'un immeuble acquis par la femme à titre de remploi, a, sur cet immeuble, un droit antérieur à la dotalité qui l'affecte, puisqu'il n'en a livré la propriété définitive que sous la condition qu'il serait intégralement payé, se réservant jusque-là le privilège de l'art. 2101-2° et l'action résolutoire. Donc, ce vendeur en partie impayé, peut atteindre cet immeuble. On a même décidé que la femme ne pourrait pas prélever, sur le montant de l'adjudication, la partie du prix qu'elle avait déjà payée, parce que c'était réduire à néant le privilège du vendeur. Cette solution ne va pas contre le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, parce que ce principe doit être entendu en ce sens que la femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale, sur les biens du mari, lui garantissant le remboursement de ses reprises dotales.

L'acceptation, avons-nous dit, peut être faite de deux manières, soit *in continenti* soit *ex intervallo*. Quand la femme accepte de la première manière, c'est elle-même qui achète, puisqu'elle est partie au contrat ; il n'y a pas d'intermédiaire entre elle et le vendeur ; elle est l'ayant-cause direct du vendeur. Mais, en est-il de même, lorsque la femme accepte *ex intervallo*? Le mari a-t-il directement acheté pour elle, de telle sorte qu'elle doive passer pour l'ayant-cause direct du vendeur ; au contraire, le mari a-t-il directement acheté pour lui au vendeur, puis, par son acceptation, la

femme achète-t-elle directement au mari, auquel cas elle serait l'ayant-cause de ce dernier; en d'autres termes, l'acceptation a-t-elle ou n'a-t-elle pas un effet rétroactif au jour de l'acquisition.

Suivant que l'on adopte l'une ou l'autre de ces solutions, les droits réels consentis par le mari sur l'immeuble, subsistent ou s'évanouissent, l'aliénation donne lieu à la perception d'un seul ou d'un double droit de mutation, à la nécessité d'une seule ou d'une double transcription (1). Ce problème, aussi difficile qu'intéressant, a fait naître trois systèmes que nous analyserons très succintement et qui expliquent, chacun à sa manière, la nature du remploi.

Pour les uns, le remploi se décompose en deux acquisitions successives : le mari achète d'abord pour lui; la double déclaration insérée dans l'acte d'acquisition doit s'interpréter en une offre, qu'il fait à sa femme, de lui céder l'immeuble acheté en paiement de la créance du prix qu'elle a contre lui. Aussi, la femme est-elle, dans ce système, l'ayant-cause du mari; pas d'effet rétroactif.

Pour les autres, l'accomplissement du remploi par le mari est une gestion d'affaires; et, comme la ratification équivaut à un mandat, — *Ratihabitio mandato œquiparatur* — le mari, mandataire de la femme, a acquis directement pour elle; la femme est l'ayant-cause direct du vendeur; effet rétroactif sur toute la ligne.

Ces deux systèmes nous paraissent inacceptables; le

(1) Nous examinerons en détail chacun de ces points, au chapitre : Des frais du remploi.

premier, parce qu'il frappe la double déclaration exigée par l'art. 1435, d'une complète inutilité; d'après ce système, en effet, le remploi de l'art. 1435 aboutissant à une simple vente entre époux, puisque la femme est l'ayant-cause du mari, l'art. 1435 et l'art. 1595-2° feraient double emploi. Or, est-il croyable que le législateur ait édicté une disposition spéciale dans deux titres différents du Code, pour une opération identique, produisant les mêmes effets? Evidemment non; s'il y a deux dispositions, c'est que, dans sa pensée, chacune d'elles visait une opération distincte. Aussi, pour tous ces motifs, croyons-nous qu'un arrêt de la cour d'Agen, du 2 février 1836 (D., 36, 2, 118), consacrant cette doctrine, doit être réprouvé. La Cour de Cassation a aussi condamné ce système dans l'une de ces conséquences (la prestation d'un double droit de mutation réclamée par la Régie) dans un arrêt du 14 janvier 1868.

Qu'il nous soit permis d'adresser ici une critique à MM. Aubry et Rau, qui condamnent ce premier système (T. v, p. 306, note 76) en s'attaquant à ses conséquences. Il n'y aurait pas de rétroactivité si le remploi était une *dation in solutum*; or, disent ces auteurs, « comment justifier, sans cette rétroactivité, la nécessité d'une déclaration de remploi à faire, dans l'acte d'acquisition? » Cette réfutation n'est pas sérieuse de la part de MM. Aubry et Rau, qui n'admettent pas la rétroactivité de l'acceptation à l'encontre des tiers (T. v, § 507, p. 306). Dans leur système, les tiers n'ayant pas besoin d'être avertis, MM. Aubry et Rau peuvent-ils bien, en conscience, faire un crime à leurs adversaires de frapper la double déclaration d'inutilité,

lorsqu'il résulte de leur opinion qu'elle n'est pas davantage nécessaire !

Le second système nous paraît également inacceptable; admissible sous le régime de la communauté, il devient complètement inadmissible sous le régime dotal. Le caractère essentiel de la gestion d'affaires, ne l'oublions pas, c'est l'entreprise *volontaire* de la direction des affaires d'autrui (Art. 1372, Aubry et Rau. T. IV, § 441-1°). Or, peut-on prétendre que le mari qui fait un remploi, dans l'intérêt de la femme, *gère* les affaires de celle-ci, sous le régime dotal ?

Non, parce que sous ce régime, le remploi lui étant imposé soit par le contrat de mariage, soit par la loi, le mari, en l'opérant, ne fait pas œuvre de volonté pure, mais œuvre d'obéissance à la convention ou à la loi, ce qui exclut l'idée de gestion d'affaires.

Nous voilà donc maintenant en présence du troisième et dernier système, le seul que nous croyons devoir accepter. Pour ses partisans, le remploi est une opération par laquelle le mari achète pour lui et en son nom ; la double déclaration, insérée dans l'acte d'acquisition, doit s'interpréter en une offre que le mari fait à sa femme (pour laquelle il stipule en prévision de son acceptation) *de la subroger aux effets de son acquisition*. Ce système implique évidemment la rétroactivité de l'acceptation de la femme au jour de l'acquisition ; la femme est l'ayant-cause direct du vendeur.

Toute offre peut être révoquée tant qu'elle n'est pas acceptée. En conséquence, tous les auteurs qui se sont prononcés dans le sens que nous adoptons, admettent que le mari peut révoquer son offre de subrogation soit *expressément*, soit *tacitement*. Il l'a révoquée tacite-

ment, par exemple, lorsqu'il aliène l'immeuble proposé. L'acceptation de la femme survenant postérieurement, tomberait dans le vide. Mais qu'arrive-t-il lorsque le mari, tout en conservant l'immeuble, le grève néanmoins de droits réels tels que l'hypothèque? C'est sur ce point particulier que se divisent les partisans de ce système, notamment MM. Mourlon (Traité de la transcription, T. I, n° 59, p. 150) et Aubry et Rau (T. V, p. 306).

D'après ces derniers auteurs, le fait par le mari de concéder des droits réels sur l'immeuble proposé, ne *révoque* pas l'offre, mais la *modifie* en ce sens que l'acceptation de la femme, rétroactive à l'égard du mari, ne le sera pas vis-à-vis des tiers, dont les droits réels devront être respectés par la femme devenue propriétaire.

D'après Mourlon, au contraire, le fait par le mari de concéder des droits réels sur l'immeuble proposé, ne modifie pas simplement l'offre, mais *la révoque*. L'acceptation de la femme ne rétroagit ni à l'égard du mari, ni à l'égard des tiers. Si la femme devient propriétaire, ce n'est plus, comme tout à l'heure, par l'effet du remploi proprement dit; c'est par l'effet de la vente entre époux, autorisée par l'art. 1595-2°, la femme est l'ayant-cause de son mari.

De ces deux opinions quelle est la vraie? Celle de M. Mourlon, nous n'hésitons pas à le reconnaître. Nous ne pouvons admettre celle de MM. Aubry et Rau, parce qu'elle nous paraît impliquer une contradiction. En effet, vous admettez que l'acceptation de la femme rétroagit vis-à-vis du mari, vous reconnaissez donc par là que le mari n'a jamais été propriétaire. D'un autre

côté, vous maintenez, à l'encontre de la femme, les droits réels dont le mari a grevé l'immeuble acquis en remploi ; or, pour pouvoir concéder des droits réels sur un immeuble, il faut en être propriétaire. Donc vous reconnaissez aussi que le mari est propriétaire. Or, ce résultat est inadmissible ; car de deux choses l'une : ou vous admettez la rétroactivité de l'acceptation, et il faut être logique jusqu'au bout : le mari n'a jamais été propriétaire, les droits réels qu'il a consentis s'évanouissent ; ou vous n'admettez pas la rétroactivité, et la femme, comme ceux qui ont obtenu la concession de droits réels, sont les ayants-cause du mari.

On voit la différence très grande qui sépare les dissidents sur ce point particulier du troisième système. Avec M. Mourlon, nous n'admettons la rétroactivité vis-à-vis du mari, que lorsque ce dernier n'a pas fait acte de propriétaire définitif ; les faits ne viennent pas donner un démenti à la fiction, à savoir : « qu'il n'y a jamais eu qu'un propriétaire. » Au contraire, dans la manière de voir de MM. Aubry et Rau, la réalité est en désaccord avec la fiction.

Les deux systèmes que nous venons de repousser ont, à leur aurore, vainement essayé d'obtenir la consécration de la Cour suprême.

Par deux arrêts de 1853, l'un du 18 avril, l'autre du 7 juin, et par un troisième déjà cité, du 14 janvier 1868, la Cour de Cassation les a impitoyablement rejetés.

Contrairement à l'avis que nous avons cru devoir partager sur le point spécial qui divise les partisans du troisième système, la Cour suprême admet que l'acceptation de la femme rétroagit à l'égard du mari, lorsque celui-ci a hypothéqué l'immeuble acquis en remploi ;

seulement elle tire de cette concession de droit réel, la conséquence que le mari a agi en propriétaire de l'immeuble, puisqu'elle décide que l'*acceptation* de la femme donne lieu au droit de transcription.

Nous espérons que la contradiction flagrante que consacre cette doctrine frappera un jour les yeux de nos juges souverains, et les fera revenir partiellement sur le système qu'ils ont consacré jusqu'à ce jour.

Conséquences du défaut d'acceptation. — Il nous suffira, pour les connaître, de prendre la contre-partie de ce que nous venons de dire :

1° L'immeuble appartient au mari, il est à ses périls et risques, est frappé de l'hypothèque légale *pour raison de la dot* ;

2° Cet immeuble n'est pas dotal ; aussi le mari pourra l'aliéner, l'hypothéquer ; il sera susceptible d'être prescrit.

Si la femme se décidait à accepter après coup, cette acceptation *ex intervallo* produirait les effets dont nous venons de parler.

Récapitulons le contenu de ce thapitre. Les conditions de validité de l'emploi et du remploi sont : 1° la déclaration de l'origine des deniers ; 2° la déclaration de l'intention d'effectuer le remploi ; 3° l'acceptation de la femme ; 4° l'insertion, dans le contrat de mariage de la clause d'emploi ou du remploi.

# CHAPITRE VI

## FORMES DE L'EMPLOI OU DU REMPLOI

Les formes de l'emploi ou du remploi sont relatives : 1° à l'acte d'acquisition ; (2° à la double déclaration ; 3° à l'acceptation.

### SECTION 1

### *Forme de l'acte d'acquisition.*

Aucun texte de loi ne prescrivant de forme particulière pour l'acquisition en emploi ou remploi, cette acquisition pourra, conformément à l'art. 1583, être faite par acte authentique ou sous seing privé. Observons qu'en cela la subrogation réelle diffère profondément de la subrogation personnelle *ex parte debitoris* ; l'art. 1250-2° exige, en effet, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire. Le législateur a voulu ainsi déjouer les fraudes à l'aide desquelles le débiteur et le créancier désintéressé auraient pu faire revivre une hypothèque éteinte, au détriment des autres créanciers hypothécaires du débiteur.

Le législateur eût prudemment agi, ce nous semble, en prescrivant également la forme authentique pour l'acte d'acquisition du remploi ; la double déclaration, sans l'authenticité, ne met point les créanciers du mari complètement à l'abri de la fraude.

Voilà un immeuble qui appartient au mari; il l'a acheté pour lui, n'ayant nullement eu en vue le remploi des biens de sa femme ; l'acte d'acquisition est en la forme sous seing privé ; cet immeuble forme donc le gage de ses créanciers, peut être saisi par eux. Que faudrait-il pour le soustraire à leurs poursuites? que la double déclaration eût été insérée dans l'acte et que la femme eût accepté. La chose se peut faire encore : le mari et son vendeur font disparaître le sous seing primitif, en rédigent un second où mention est faite que l'immeuble est acquis des deniers dotaux et pour servir d'emploi à la femme ; cette dernière, de connivence avec les fraudeurs, accepte, et les créanciers du mari sont trompés.

Il y a donc une lacune dans la loi : le système de protection des créanciers du mari est incomplet. Nous croyons que ce point devrait attirer l'attention du législateur, si l'on se livrait à une révision du Code civil.

L'acquisition pourrait avoir lieu, soit à la suite d'une vente volontaire de gré à gré ou aux enchères, comme la licitation, soit à suite d'une vente forcée, comme l'adjudication sur saisie immobilière. Les ventes en justice entraînent, il est vrai, un certain délai entre le moment de l'adjudication et celui du paiement du prix; mais cela ne fait point obstacle à ce que l'immeuble adjugé puisse servir de remploi, puisque nous avons vu

que la numération du prix, *lors de l'acquisition*, n'était point une condition de validité de ce remploi.

Est-il nécessaire que l'acquisition soit faite au nom de la femme?

Non, car les art. 1434 et 1435 ne le requièrent point. Aussi il a été jugé que la femme pouvait accepter, en remploi, un immeuble que le mari déclare, dans l'acte d'acquisition, *acheter pour lui ou ses héritiers et ayants-cause,* si, dans le même acte, le mari déclare que partie du prix est acquittée des deniers dotaux de sa femme et que l'immeuble doit lui servir de remploi. (Civ. 20 juin 1821. D., n° 4014 et V° *Disposit. entre-vifs*, n° 1089).

## Section II

### *Forme de la double déclaration.*

La loi n'exige pas de termes sacramentels pour la rédaction de cette déclaration. Toute énonciation de l'acte d'acquisition d'où se dégage, avec certitude, que l'immeuble a été acquis des deniers dotaux et pour servir de remploi à la femme, répond au vœu de la loi. — On éprouve parfois une grande difficulté à découvrir la portée, le sens que les parties ont eu l'intention de donner à la double déclaration. — Cela tient au double sens du mot « Remploi. »

Le législateur en use tantôt comme synonyme de « reprise » (Voy. en ce sens l'art. 2135-2°, 3e al. et 'art. 1450), tantôt comme synonyme de *subrogation*

*réelle* (Voy. les art. 1434 et 1435). Dans lequel de ces deux sens les parties ont-elles pris le mot « remploi » qu'elles ont glissé dans leur déclaration? C'est une affaire d'interprétation du ressort des tribunaux. (Req. 7 avril 1879. D., 79. 444. 1).

*Quid ?* s'il y a doute sur la portée de la déclaration du remploi ? Nous examinerons cette question au chapitre : De la preuve de l'emploi et du remploi.

## Section III

### *Forme de l'acceptation.*

Si l'on s'en rapporte à l'art. 1435, la femme doit accepter le remploi *formellement*. Or, que faut-il entendre par une acceptation *formelle?* Les auteurs sont divisés sur ce point : pour certains, c'est une acceptation *expresse*, *littérale*, contenue dans un acte. (Bénech, n° 42. Rodière et Pont, 2e édit. n° 669. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 3.)

Pour d'autres (Toullier, xii, 361. Troplong, ii, 1129. Aubry et Rau, T. v, p. 305. Note 72. Laurent, T. xxiii, n° 519), c'est une acceptation *certaine*, résultant non seulement d'une déclaration écrite, mais encore de tout fait qui la présuppose.

Sur quoi se fondent ceux-ci? Sur la différence de rédaction existant entre l'art. 932 et l'art. 1435. Dans le premier, il s'agirait de l'acceptation *expresse*, *littérale* ; dans le second, de l'acceptation résultant d'une induction. Le législateur se serait servi des mêmes

termes dans les deux articles si, dans sa pensée, le mode d'acceptation de la femme devait être absolument le même que le mode d'acceptation du donataire.

Sur quoi se fondent ceux-là? Sur le rapprochement des art. 778, 2221, d'une part, et 932, 1435 d'autre part; dans les deux premiers, le législateur entend se contenter d'une manifestation quelconque de la volonté du *de cujus*, et il le dit; si donc, dans les deux seconds il ne parle pas d'acceptation *tacite*, c'est que l'acceptation *formelle* c'est-à-dire *expresse* est la seule dont il veuille. On ne peut admettre la différence que M. Toullier voudrait établir entre l'acceptation formelle et l'acceptation expresse; nos anciens auteurs prenaient, indistinctement, l'une pour l'autre, ces deux expressions; c'est ce qu'on peut facilement constater dans le traité des donations de Ricard. (N^os^ 837 et 838) et dans Furgole (sur l'ordonnance de 1731, art. 5).

Pour laquelle de ces deux opinions faut-il prendre parti? Pour la seconde. Il est à remarquer que le législateur ne prescrit l'acceptation *expresse* que pour la donation, c'est-à-dire pour un acte qu'il voit d'un œil défavorable et dont il veut rendre l'accomplissement aussi difficile que possible. Il ne bannit donc point l'acceptation tacite comme une manifestation insuffisante de la volonté de l'agent, mais comme moyen trop facile de devenir titulaire d'une libéralité entre-vifs. Or, est-il croyable que le législateur ait voulu enrayer, par des conditions de formes, le remploi, c'est-à-dire un acte qui ne lui répugne nullement! qui entre au contraire, complètement dans ses vues sur la dot, puisqu'il a pour but d'en assurer la conservation! Evidemment non; ce qu'il veut, c'est qu'il n'y ait point de doute

sur le parti qu'a pris la femme, qu'il n'y ait point de surprises pour les tiers. Or, en principe, « le consentement tacite a autant de force que le consentement exprès » (Laurent, T. XXIII, n° 519).

Certains faits ont une signification aussi précise, aussi exclusive de tout doute que l'acceptation expresse, littérale; les tiers trouvent en eux un avertissement aussi certain que dans l'acceptation expresse, littérale. Nous ne voyons donc pas pourquoi l'acceptation de la femme ne pourrait pas s'induire des expressions de l'acte, des faits qui la présupposent. Telle est l'opinion de la jurisprudence (Cass., 17 août 1813. Paris, 17 mai 1851. D., 54, 5, 646. Civ., 26 juillet 1869. D., 69, 1, 455).

Donc, l'acceptation formelle dont parle l'art. 1435, c'est l'acceptation exclusive de tout doute. En conséquence, l'acceptation tacite suffit ; et l'on doit considérer comme telle : 1° la présence et la signature de la femme à l'acte d'acquisition de l'immeuble destiné à lui servir de remploi. C'était l'avis de Pothier dans l'ancien Droit (De la communauté, n° 200) ; nous devons reconnaître cependant que Bourjon (Droit commun de la France, 6e partie. — De la communauté, n° 62) était d'avis contraire.

2° Le concours de la femme à la revente postérieure de l'immeuble destiné au remploi de ses biens, et à l'acquisition duquel elle n'avait pas été présente. Nous comprenons qu'il en soit autrement sous le régime de la communauté (Arrêt du Parlement de Paris du 6 septembre 1701 ; Lebrun, p. 317, n° 66 ; Troplong, n° 1130) ; sous ce régime, en effet, la présence de la femme à la revente et sa signature dans l'acte peuvent

s'interpréter en une renonciation de sa part, à son hypothèque légale, aussi bien qu'en une reconnaissance de son droit de propriété sur cet immeuble ; mais, sous le régime dotal, cette dernière signification est la seule que puisse avoir le concours de la femme à la revente, puisqu'il ne lui est point permis de renoncer à son hypothèque légale (Voyez Nîmes, 11 janvier 1881. S., 82, 2, 137).

L'acte contenant l'acceptation de la femme peut être authentique ou sous seing privé ; mais dans ce dernier cas, l'acte n'est opposable aux tiers que lorsqu'il a acquis date certaine vis-à-vis d'eux (art. 1328).

## CHAPITRE VII

### EN QUELS BIENS DOIT-ON FAIRE L'EMPLOI ET LE REMPLOI

Les époux sont libres de donner aux deniers dotaux l'affectation que bon leur semble ; aussi, deux cas sont à distinguer dans la question de savoir quels biens doivent comprendre l'emploi et le remploi, pour être valables : *Premier cas* : Le contrat de mariage indique le mode d'emploi ou de remploi ; *second cas* : Le contrat de mariage n'indique pas ce mode.

**Premier cas.** — *Le contrat de mariage indique le mode d'emploi ou de remploi.* — Lorsque le contrat de mariage indique lui-même la nature de

l'objet qui doit être acheté en remplacement des deniers dotaux, l'emploi et le remploi ne peuvent pas s'effectuer en objets d'une nature différente. Ainsi, le remploi d'un immeuble qui est stipulé en une hypothèque ne peut se faire en un privilège sur des valeurs mobilières (Cass., 9 janvier 1841. D., 41, 1, 257).

Lorsque le remploi est purement et simplement stipulé en *immeubles*, comme cette expression embrasse toutes les catégories d'immeubles qui peuvent offrir à la femme un remplacement utile, il peut avoir pour objet aussi bien un immeuble fictif, comme les actions de la Banque de France immobilisées (Rouen, 7 mai 1853. S., 54, 2, 177. Aix, 17 novembre 1860. S., 61, 2, 300. Angers, 6 juillet 1861. S., 62, 2, 222), des rentes sur l'Etat 3 p. 0/0 (art. 46. L. 2 juillet 1862), qu'un *immeuble réel*.

Mais il appartient aux époux de restreindre leur choix à une certaine catégorie d'immeubles et d'exclure, par exemple, les rentes sur l'Etat (Même loi. Comme application, voyez Aix, 23 mai 1866. S., 66, 2, 324. Paris, 27 mars 1863. S., 63, 2, 179. Bourges, 16 mars 1870. S., 70, 2, 218).

**Deuxième cas.** — *Le contrat de mariage n'indique pas le mode de l'emploi ou du remploi.* — Nous n'avons pas de textes faisant l'énumération des choses qui peuvent ou non être acquises en remplacement des deniers dotaux. Toutefois, il est facile d'y suppléer par déduction. La clause d'emploi ou de remploi, disions-nous, a pour but d'assurer la conservation de la dot. Aussi poserons-nous la règle générale suivante : Tous les objets qui présenteront, par leur nature, une

garantie sérieuse de la conservation de la dot, pourront être acquis en remploi. Ne le pourront pas, au contraire, ceux dont la fragile existence n'offrira à la femme qu'une chance très incertaine de conservation.

Poursuivant le développement de cette idée, nous dirons : L'emploi et le remploi doivent être faits « *en l'acquisition pure et simple, attributive de la pleine propriété d'immeubles par nature, affranchis de toute cause d'éviction et de même valeur que la dot, ou d'immeubles par la déclaration des parties.* »

Comme nous l'avons déjà fait ailleurs, nous repoussons la distinction que M. Bénech (n° 5) propose d'établir entre l'emploi et le remploi, au point de vue qui nous occupe ; d'après lui, le remploi doit toujours avoir lieu en immeubles, tandis que l'emploi pourrait s'effectuer en meubles et notamment en achat de rentes, en actions industrielles. La plupart des auteurs sont d'avis contraire (Bellot des Minières, T. IV, p. 86. Rodière et Pont. III, n° 1690, D., n° 3990). Si l'emploi ne devait pas nécessairement s'effectuer en une acquisition immobilière, nul doute qu'il pût valablement se faire en placements hypothécaires ; il n'y aurait donc aucune différence entre la clause d'emploi et celle prescrivant au mari de colloquer la dot sur hypothèque. Or, M. Bénech s'attache minutieusement à nous montrer (n°s 11 et 12) que ces deux clauses diffèrent essentiellement en ce que celle-ci ne peut, comme la première, amener *la transformation de la dot mobilière*. Donc, c'est bien là l'aveu que l'emploi ne peut se faire qu'en immeubles. Du reste, cette conclusion s'induit encore des termes de l'art. 1553 et du but même de la clause d'emploi ; hormis les immeubles,

qu'est-ce qui garantit pleinement à la femme la conservation de sa dot?

L'emploi et le remploi doivent consister : 1° *en une acquisition*. C'est en effet dans la transformation de la dot mobilière en dot immobilière, dans le maintien du caractère immobilier de la dot, que résident tous les avantages attachés à la clause d'emploi ou de remploi ; un immeuble dont la perte n'est due qu'à des cas fortuits extrêmement rares vaut mieux, en effet, qu'une créance garantie par une hypothèque dont la réalisation est toujours longue et périlleuse, par suite des débats sans fin qu'elle engendre avec les autres créanciers hypothécaires du débiteur, et les surprises qu'entraîne souvent l'occultanéité des hypothèques légales. Aussi la jurisprudence est-elle unanime à décider que l'emploi ne peut s'effectuer en une constitution d'hypothèque au profit de la femme (Paris, 26 février 1833. S., 33, 2, 230. Caen, 3 août 1848. S., 49, 2, 233. Caen, 2 août 1851. S , 52, 2, 182).

La controverse est vive cependant sur le point de savoir si l'emploi ou le remploi peuvent consister dans l'affectation des deniers dotaux à l'acquittement de dettes de la femme antérieures au mariage, ayant date certaine et grevant les immeubles dotaux? La question est délicate. On peut dire, pour l'affirmative, qu'un pareil emploi constitue une acquisition, puisque les deniers dotaux servent au rachat, à la rédemption d'immeubles dotaux; qu'en tout cas, il a pour but de conserver la dot. On peut même, comme certains arrêts, s'appuyer sur la maxime *bona non sunt nisi deducto œre alieno*, et dire : l'immeuble n'est dotal que pour la partie subsistant, après

l'acquittement des charges dont il était grevé. (Il faut supposer qu'il s'agit de dettes grevant les successions qui adviennent à une femme, dont la constitution dotale embrasse les biens à venir.) Par conséquent, cet immeuble n'est pas comme le fonds dotal, soumis à des formes déterminées; les époux peuvent le vendre comme ils l'entendent; seulement, ils devront employer l'excédant du prix sur le passif payé, parce qu'il est dotal.

On peut répondre, pour la négative, que cette solution frapperait d'inutilité l'art. 1558; le contrôle de la justice a pour but de prévenir les fraudes à l'aide desquelles les époux pourraient, sous le vain prétexte de dettes à payer, toucher les deniers dotaux et les dissiper; pourraient, en exagérant le passif, toucher et dissiper une partie des deniers que la loi soumet à l'emploi. Or, que devient cette protection s'il est loisible aux époux de substituer une vente à l'amiable à la vente aux enchères publiques, précédée de trois affiches, prescrite par l'art. 1558?

L'emploi de deniers provenant d'une vente volontaire ne peut donc consister en l'acquittement de dettes de la femme antérieures au mariage et grevant des immeubles dotaux (*Conf.*, Montpellier, 3 janvier 1852. S., 54, 2, 117. Pau, 5 mars 1859. S., 59, 2, 404. Aubry et Rau, T. v, p. 579, note 80. *Contrà*: Caen, 2 février 1851. S., 52, 2, 440. Paris, 18 juin 1875. D., 1877, 2, 223).

On s'est demandé si la convention dans laquelle les époux déclaraient attribuer, par voie de subrogation, le caractère dotal à des immeubles paraphernaux constituerait un remploi valable.

La Cour de Caen (6 mars 1848. S., 48, 2, 385) s'est

prononcée pour la négative. Elle s'est fondée notamment sur ce qu'une pareille opération ne constituerait pas une acquisition, car il est impossible que la femme pût se vendre à elle-même une propriété qui lui appartenait déjà; d'ailleurs, nous reviendrons sur ce point; un remplacement de cette sorte est encore inacceptable en ce qu'il ne met pas la femme à l'abri de toute chance d'éviction.

Une constitution de rente viagère sur la tête des deux époux ou sur la tête d'un seul, pourrait-elle servir de remploi ?

Non, parce que le pouvoir d'aliéner n'a été octroyé par la femme, qu'à la condition de retrouver, par l'effet de l'emploi, un bien représentant la valeur d'immeubles ou de créances dotales aliénés; or, une rente viagère ne répond pas à ce vœu, puisque le capital s'épuise avec les arrérages (Civ. rej., 23 juin 1846. D., 46, 1, 332).

Nous trouvons, il est vrai, une décision contraire dans un arrêt de la Cour de Caen (17 juillet 1845. S., 48, 2, 134). Mais cette décision n'a aucune valeur au point de vue juridique : on y voit, en effet, que la Cour s'est uniquement préoccupée de la question de fait, s'est laissée guider par des considérations humaines; il s'agissait d'époux âgés, dans la gêne, qui trouvaient, dans la constitution d'une rente viagère, le moyen d'améliorer leur existence, et qui étaient, de plus, sans postérité. On comprend que la Cour n'ait pas hésité à sacrifier le capital de la dot dans une situation où une famille n'était pas intéressée à sa conservation.

L'emploi et le remploi devront, en résumé, consister en une acquisition.

Mais toute acquisition ne suffit pas : il faut en outre qu'elle soit :

(a) *Attributive de la pleine propriété.*

Comment, en effet, la dot pourrait-elle subvenir aux charges du ménage si elle était improductive? Or, c'est bien ce qui arriverait si la femme pouvait recevoir, en échange de la dot, un immeuble de l'usufruit duquel elle serait dépouillée (Bénech, p. 56).

(b) *Pure et simple.*

Une acquisition conditionnelle ne répondrait pas, en effet, au but de la conservation de la dot que se sont proposé les époux, puisqu'une condition suspensive ou résolutoire met, à tout moment, en question l'existence même du droit qu'elle affecte.

L'emploi et le remploi doivent consister : 2° en une acquisition d'*immeubles.*

Un immeuble, pour pouvoir faire l'objet d'un emploi ou d'un remploi, doit remplir certaines conditions, il doit :

(a) *Appartenir à la catégorie des immeubles par leur nature ou par la déclaration des parties.*

Les immeubles par leur nature, c'est-à-dire les fonds de terre, les bâtiments (art. 518), offrent à la fois de la stabilité dans la propriété, et des chances de conservation. A ce dernier point de vue, les bâtiments ont un degré d'infériorité sur les fonds de terre, à cause des événements destructeurs auxquels ils sont spécialement exposés, par exemple l'eau, le feu, la vétusté, etc. Aussi, dans l'ancien Droit, avait-on douté un instant que les maisons pûssent servir de remploi à la femme. Cependant, un arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 mars 1763

(rapporté dans Laviguerie : arrêts inédits du parlement de Toulouse. P. 367, et suiv.), adopta la validité de ce mode de remploi.

Le remploi peut porter non seulement sur une maison construite, mais même sur une maison *à construire*, suivant un devis déterminé ; en pareil cas, la validité du remploi dépend de l'observation rigoureuse du devis. (Req. 2 avril 1855, D., 55, 1, 152.)

Il a été jugé cependant que la femme ne pouvait pas employer ses deniers dotaux en constructions, lorsque son contrat de mariage disposait que les dits deniers devraient servir à l'acquisition de nouveaux immeubles. (Poitiers, 14 août 1876, D., 76, 2, 117.)

L'emploi et le remploi s'étendent évidemment aux immeubles par destination qui sont attachés aux fonds acquis.

*Les immeubles par déclaration*, c'est-à-dire les rentes sur l'Etat et les actions de la Banque de France, peuvent aussi être acquis en emploi ou remploi. Ces valeurs peuvent être considérées, en effet, à raison des garanties qui les couvrent, comme aussi solides que les immeubles par leur nature.

La jurisprudence a toujours unanimement décidé que l'emploi, stipulé en immeubles par le contrat de mariage, pouvait être fait en actions immobilisées de la Banque de France. (Bordeaux, 9 avril 1845. D., 45, 4, 454. Caen, 10 mars 1856, D., 57, 2, 78. Aix, 17 novembre 1860. D., 61, 5, 414.)

Mais de nombreux arrêts décident qu'il en est différemment, toutes les fois que, explicitement ou implicitement, le contrat de mariage contient l'intention con-

traire de la femme. Comme exemple voyez : Req. 22 novembre 1859 (D., 59, 1, 117).

En ce qui concerne les rentes sur l'Etat, pendant longtemps on a douté qu'elles pûssent valablement servir de remplacement à la dot dont l'emploi était stipulé devoir être fait en immeubles. On trouve, dans la jurisprudence, un grand nombre d'arrêts pour et contre. La loi budgétaire du 2 juillet 1862, a mis fin à la controverse par son article 46, qui classe les rentes 3 0[0 parmi les valeurs pouvant servir d'emploi ou de remploi.

La même loi reconnaît à la femme le droit d'exclure les dites rentes des valeurs pouvant valablement représenter sa dot. (Comme exemple des clauses contenant ou ne contenant pas exclusion, voyez : Aix, 23 mars 1866. S., 66, 2, 324. Paris, 27 mars 1863. S., 63, 2, 179. Bourges, 16 mars 1870. S., 70, 2, 218.)

En restreignant aux fonds de terre et aux maisons, aux actions immobilisées de la Banque de France et aux rentes 3 p. 0[0 sur l'Etat, les immeubles qui peuvent faire l'objet d'un emploi ou remploi, nous éliminons toutes les autres catégories, à savoir : *les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* (art. 526). L'usufruit des choses immobilières, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ou à faire rescinder une vente sont, en effet, des choses dont la durée est incertaine ou le résultat variable et toujours soumises à beaucoup d'imprévu.

*Les servitudes*, d'autre part, ne peuvent se concevoir isolément des héritages qu'elles servent : aussi, ne peuvent-elles faire qu'implicitement partie du remploi,

si ces héritages servent eux-mêmes de remplacement à la dot.

*Les meubles par la déclaration de la loi*, c'est-à-dire les actions industrielles et commerciales. Ils ne présentent pas à la femme les garanties voulues pour la conservation de sa dot.

Un immeuble, pour pouvoir servir d'emploi doit :

(b) *Etre affranchi de toute cause d'éviction*, c'est-à-dire d'hypothèques, d'actions résolutoires, de dotalité, de charge de substitution, etc. De quelle utilité serait pour la femme un pareil emploi, si l'immeuble qu'elle accepte aujourd'hui pouvait lui échapper demain? (Civ. rej. 12 mai 1840, S., 40, 1, 668. Caen, 3 décembre 1846. S., 48, 2, 133. Limoges, 14 janvier 1862. S., 62, 2, 344.)

C'est parce que les débiteurs de la dot, le tiers acquéreur, n'ont aucun moyen de contrôler s'il est exempt de toute charge hypothécaire et de toute cause d'éviction, qu'un bien paraphernal de la femme, auquel les époux attribueraient le caractère dotal, ne peut pas utilement servir de remploi. Aux termes de l'article 6 (L. 23 mars 1855) c'est, en effet, la transcription qui arrête le cours des inscriptions hypothécaires sur les précédents propriétaires, ou qui marque le point de départ du délai d'inscription de certains privilèges. Or, il ne peut pas y avoir de transcription purgeant les hypothèques sans acte translatif de propriété, et il n'y a pas d'acte translatif de propriété dans notre espèce, puisqu'on ne peut pas concevoir que la femme se vende, à elle-même, une chose qui lui appartient déjà. Donc, pour n'être pas grevé, au moment du remploi, le bien

paraphernal de la femme pourrait l'être plus tard, puisqu'il n'est pas d'événement capable d'arrêter le cours des inscriptions. Aussi, cette incertitude nous fait-elle complètement approuver l'arrêt de la Cour de Caen du 6 mars 1848 (S., 48, 2, 385. Aubry et Rau, T. v, p. 579, note 81).

L'art. 1595-2° autorise le mari a vendre un de ses immeubles à la femme lorsqu'il lui doit un remploi. Cela est hors de doute pour les biens du mari, non grevés d'hypothèques, pas même de l'hypothèque légale de la femme, par suite de l'exercice du droit de restriction dont il est parlé dans les art. 2140, 2144 et 2145 ; il s'agit ici d'une vente entre époux qui peut être transcrite, et, par conséquent, ne donne pas lieu à l'inconvénient que nous venons de signaler.

*Quid ?* des immeubles du mari grevés de l'hypothèque légale? Les Cours d'Aix (25 novembre 1836 et de Rouen, 3 mars 1841. D., 42, 2, 141) ont jugé d'une manière absolue qu'un pareil immeuble constituerait un remploi insuffisant. Cette opinion nous paraît trop rigoureuse. La question nous semble, ainsi qu'à M. Bénech (p. 208), devoir être résolue par une distinction. L'immeuble que le mari se propose de céder garantit-il à la femme, et le prix de son immeuble dotal ou le montant de la libération du débiteur de sa dot et d'autres reprises avec, cet immeuble ne peut lui servir de remploi ; il faut un immeuble acquis à un tiers; la femme trouvera dans celui-ci l'équivalent de l'immeuble ou de la créance dotale soumise à l'emploi; dans le premier, le gage de la restitution de ses autres reprises. *Secùs* une partie de la dot de la femme serait compro-

mise. Pour ce cas nous approuvons sans réserves les arrêts précités.

L'immeuble que le mari se propose de céder, ne garantit-il à la femme que le prix de son immeuble dotal ou le montant de la libération des débiteurs de la dot, cet immeuble peut lui servir de remploi ; en se l'appropriant, la femme ne compromet pas sa dot, puisqu'il ne sert pas de gage à d'autres reprises. Dès lors pourquoi l'obliger à aller chercher dans le patrimoine d'un tiers, l'équivalent de sa dot qu'elle trouve dans le patrimoine de son mari.

Notons d'ailleurs que la dation de cet immeuble, en paiement des créances de la femme, éteint l'hypothèque dont il était grevé, *nemini res sua servit* (art. 2180, n° 1). Cet immeuble remplit donc les conditions requises par les règles de l'emploi et du remploi.

Pour cette dernière hypothèse, nous nous séparons des arrêts déjà cités des Cours d'Aix et de Rouen.

## CHAPITRE VIII

### ÉTENDUE DE LA CLAUSE D'EMPLOI ET DE REMPLOI

Se demander quelle est l'étendue de la clause d'emploi et de remploi, c'est rechercher : 1° quels modes d'aliénation elle embrasse ; 2° à quelles sommes, à quelles valeurs elle s'applique.

## Section I

### *Quels modes d'aliénation cette clause embrasse-t-elle ?*

L'immeuble dotal peut sortir du patrimoine de la femme, non seulement par une vente volontaire de gré à gré, mais encore par d'autres modes d'aliénations tels que : la licitation, l'adjudication sur saisie immobilière, l'expropriation pour cause d'utilité publique, etc. Supposons une clause du contrat de mariage, ainsi rédigée : « l'aliénation de l'immeuble dotal ne pourra avoir lieu qu'à charge de remploi. » Ce mot, *aliénation*, doit-il être prix dans son sens le plus général ? Faut-il dire que toutes les fois que l'immeuble sera converti en une somme d'argent, cette somme d'argent devra être employée? Nous ne le pensons pas ; le mot *aliénation* ne doit pas être pris ici dans toute sa compréhension.

Le remploi ou l'emploi stipulé, comme condition de la faculté d'aliéner, s'étend : 1° au prix de la licitation d'immeubles dotaux indivis (Req. 23 août 1830. D., n° 3963). La fiction de l'art. 883 ne peut être, en effet, raisonnablement admise, en matière de régime dotal, car elle serait, pour les époux, le moyen d'échapper à l'obligation d'emploi.

2° Au prix de l'adjudication d'un immeuble dotal sur une saisie immobilière dont la femme n'est plus à temps de demander la nullité (Req. 30 avril 1850.

D., 1850, 1, 273). La femme ne peut exiger le prix de l'adjudication qui lui a été attribué, dans l'ordre, pour lui tenir lieu de son immeuble, qu'à charge de faire remploi.

La clause de remploi peut-elle être attachée à la faculté d'hypothéquer l'immeuble dotal? En d'autres termes, dans une clause du contrat de mariage, ainsi conçue : « la femme pourra aliéner, vendre, échanger ou hypothéquer tout ou partie de ses biens dotaux, sous l'autorisation de son mari et sous la condition d'un bon et fidèle remplacement en immeubles, » la clause du remploi qui vise la vente, s'étend-elle aussi à l'hypothèque de l'immeuble dotal?

C'est devant la cour de Limoges que cette question fut portée pour la première fois; son arrêt du 6 décembre 1844 (D., 1845, 2, 152) la résolut négativement, non dans son dispositif, mais dans ses motifs. Depuis, elle fut portée deux fois devant la Cour suprême, mais deux arrêts de rejets de la chambre des requêtes ne permirent pas à la chambre civile de la trancher (Req. rej. 26 juin 1861. S., 61, 1, 772, et 18 novembre 1862. S., 1863, 1, 5). Enfin, elle est revenue d'une façon claire et précise devant la Cour de Caen qui l'a décidée, en droit, affirmativement, le 12 janvier 1865 (S., 1865, 2, 125). C'est la clause dont nous venons de donner le texte, qui fut soumise à ses délibérations.

On a, tout d'abord, quelque peine à concevoir le remploi d'une hypothèque. Vous empruntez une somme d'argent dont vous garantissez la restitution par la concession d'une hypothèque sur votre immeuble dotal, et vous faites servir cette somme d'argent à l'acquisition d'un immeuble. Est-ce en cela que con-

siste le remploi de l'hypothèque? Ou bien, avec cette somme, vous faites face à des besoins urgents, tels que ceux mentionnés dans l'art. 1558. Est-ce encore là le remploi de l'hypothèque?

La Cour de Limoges, dans l'arrêt que nous avons cité, l'entendait dans le premier sens. Et elle disait avec raison, selon nous, que le remploi est incompatible avec l'emprunt sur hypothèque. L'essence du remploi, pris dans son acception légale, est de *conserver* la dot; c'est une clause de *sûreté*. C'est la dénaturer, c'est tenter l'impossible que vouloir la faire servir à *acquérir*, c'est-à-dire à augmenter la dot.

Mais de l'impossibilité de la réalisation de la clause de remploi, dans cette hypothèse, faut-il conclure, comme l'arrêt de la Cour de Limoges, que les époux peuvent hypothéquer l'immeuble dotal purement et simplement? Non, parce que c'est d'abord aller contre l'intention des parties qui ont envisagé le pouvoir d'hypothéquer comme relatif et non comme absolu; parce que c'est ensuite priver la dot des garanties de conservation dont la femme a voulu l'entourer; quelle digue la clause de remploi, attachée à l'aliénation *directe* de la dot, opposera-t-elle aux tentatives dissipatrices du mari, s'il peut, par l'aliénation *indirecte* résultant de l'hypothèque, se mettre en dehors du champ d'application de cette clause?

En cela, nous sommes parfaitement d'accord avec la Cour de Caen. Nous préférons aller jusqu'au bout, et dire : la condition de remploi attachée à la faculté d'hypothéquer, est la condition d'une chose impossible; or (art. 1172), toute condition d'une chose impossible, est nulle et *rend nulle la convention qui en dépend.*

Donc, la convention par laquelle la femme s'était réservé le pouvoir d'hypothéquer son immeuble dotal et qui dépend de la condition de remploi, est nulle. Voilà donc la conservation de la dot assurée.

La Cour de Caen, dans son arrêt de 1865, entendait le remploi de l'hypothèque dans le second sens. Remarquons qu'il est question, dans l'art. 1558, d'un remploi tout particulier, comme l'arrêt le reconnaît lui-même. Que l'hypothèque soit susceptible de ce remploi particulier, c'est-à-dire que l'hypothèque concédée par la femme soit valable dans le cas seulement où elle affectera la somme empruntée aux besoins spéciaux dont il est question dans l'art. 1558, nous l'admettons; mais à la condition que l'intention des parties sera clairement manifestée dans le contrat de mariage.

Nous ne saurions l'admettre dans l'espèce qui était soumise à la Cour de Caen. Dans la clause, en effet, que nous avons mise sous les yeux de nos lecteurs, il est question d'un *remplacement en immeubles*; les parties ont donc eu en vue, non l'opération de l'article 1558, qui n'aboutit pas à un remplacement en immeubles, mais le remploi proprement dit, celui que nous décrivent les art. 1434 et 1435. Or, ce remploi suppose l'aliénation *consommée* d'un objet qui est remplacé par un autre objet. L'hypothèque, qui n'est qu'une aliénation *éventuelle*, n'est donc pas susceptible de remploi. Notre prêteur aurait-il prouvé que la femme avait dépensé la somme prêtée pour les besoins énumérés dans l'art. 1558, que quand même nous aurions proclamé nulle l'hypothèque concédée par elle,

son pouvoir étant nul comme dépendant de la condition d'une chose impossible.

Nous concluons pour nous résumer : la clause de remploi ordinaire ne peut pas être attachée à la faculté d'hypothéquer ; la cause du remploi spécial de l'art. 1558 peut être attachée à la faculté d'hypothéquer l'immeuble dotal.

## Section II

### *A quelles sommes, à quelles valeurs la clause d'emploi ou de remploi s'applique-t-elle ?*

En principe, la clause d'emploi ou de remploi s'applique à toute la somme provenant de la libération des débiteurs dotaux, ou de l'aliénation de l'immeuble dotal. Cette somme doit tout entière servir à l'acquisition du nouvel immeuble ; aucune partie, si minime soit-elle, ne doit rester entre les mains du mari, cela s'induit de la notion même de l'emploi et du remploi qui ont pour but de conserver l'intégrité de la dot, en enlevant au mari la libre disposition des deniers dotaux (1).

(1) La clause d'emploi ou de remploi, notons-le en passant, n'assure la conservation de l'intégrité de la dot, que si la future épouse a fixé, dans le contrat de mariage, le minimum du prix au-dessous duquel le mari n'aurait pas le pouvoir d'aliéner. A défaut de cette précaution, le mari pourra vendre l'immeuble dotal à un prix bien inférieur à sa valeur réelle sans qu'il puisse néanmoins être recherché pour la différence ; en conséquence, la nouvelle acquisition pour représenter le prix de vente de l'immeuble dotal, ne représentera pas pour cela la valeur réelle de cet immeuble : le remploi n'aura donc pas répondu au vœu

Conséquence. — Lorsque l'immeuble ou les valeurs mobilières (actions industrielles, rentes sur l'Etat, obligations, etc.) constitués en dot ont haussé, au moment de l'aliénation, l'obligation d'emploi s'étend non seulement à la partie du prix représentant leur valeur au moment du mariage, mais encore à celle représentant leur plus-value. Qu'elle soit le résultat d'une cause *naturelle* (alluvions, atterrissements) ou *fortuite* (bruits de bourse, ouverture d'un chemin de fer dans le voisinage de l'immeuble dotal), cette plus-value accroît à la dot comme compensation des risques pouvant résulter pour elle des mêmes événements (Rodière et Pont. Edit. 1847, T. II, n° 515). Il est donc logique de la faire participer à la clause de sureté stipulée dans l'intérêt de cette dot (Paris, 23 Mai 1863. D., 1863. 2. 170).

Il en est différemment toutefois, lorsque la plus-value de l'immeuble dotal a une cause *industrielle*, c'est-à-dire résulte de travaux exécutés dans le but de sa conservation ou de son amélioration (constructions, marnage des terres, etc.). Cette restriction est com-

de la femme, puisqu'il n'aura pas conservé l'intégrité de sa dot. A défaut de la fixation d'un prix minimum, avons-nous dit, le mari qui a, sans fraude, vendu l'immeuble dotal pour un prix inférieur à sa valeur réelle, ne pourra pas être recherché pour la différence ; il ne pourra l'être ni par l'action contraire du mandat, puisque le mandat de vendre, emportant avec lui la faculté de convenir du prix, le mari a agi dans les limites de son mandat en fixant lui-même le prix ; ni par une action en responsabilité fondée sur les art. 1561-1562, car l'action en responsabilité édictée par ces articles suppose qu'il a agi comme administrateur des biens dotaux, et non comme mandataire *spécial* de la femme. C'est ce qui a été décidé avec juste raison par la Cour de Caen, le 27 mai 1840 (D., 1840. 2. 207). Si la femme veut donc que le remploi lui donne tout ce qu'elle en attend, qu'elle fixe un minimum dans son contrat de mariage ; sans cela, elle sera victime de son imprévoyance.

mandée par l'intérêt même des créanciers de la femme qui, sans cela, eût pu les frustrer impunément, en fondant sa fortune paraphernale dans sa fortune dotale ; cette plus-value échappe à la condition d'emploi et pourra faire l'objet de saisies-arrêt de la part des créanciers de la femme (Rodière et Pont. *Eod.*, *loc.* Paris, 23 mai 1863, déjà cité).

Le mari ne saurait davantage être astreint à l'obligation d'employer ni la plus-value que le fonds dotal a acquise entre les mains de l'acquéreur ; il n'est, en effet, tenu de représenter que les valeurs qu'il a perçues (Caen, 2 août 1851. D., 1852, 2, 226) ; ni les intérêts échus du prix de vente, car il a la jouissance de tous les intérêts et revenus de la dot (art. 1549. Limoges, 21 août 1852. D., 1852, 2, 5).

Pour ce dernier point, nous croyons qu'il en doit être autrement, en cas de stipulation des parties, à cet égard. Une pareille stipulation ne blesserait en rien cette règle essentielle du régime dotal, à savoir que le mari est usufruitier de la dot, puisqu'il trouvera dans l'immeuble acquis non seulement les intérêts du capital constitué, mais encore les fruits des intérêts capitalisés.

Nous croyons encore qu'au cas de la constitution dotale d'une rente, les parties peuvent stipuler que les arrérages seront capitalisés et employés à l'acquisition d'immeubles.

La femme pourrait se constituer en dot une créance modique et imposer au mari l'obligation d'en employer le produit. Or, l'ensemble du produit des arrérages annuels forme comme autant de créances à terme. Dès lors, pourquoi la femme ne pourrait-elle pas obliger le

mari à employer le montant de chacune de ces créances, c'est-à-dire le produit des arrérages? Les parties, c'est évident, ne peuvent pas déroger à ce qu'il y a d'essentiel au régime dotal ; par suite, elles ne peuvent pas convenir que le mari ne retirera de la dot aucun émolument.

Mais pourquoi ne pourraient-elles pas restreindre cet émolument comme elles l'entendent, alors qu'elles ont la liberté de faire toute convention qui n'est pas contraire à la loi ? (Art. 1387).

Il est bon de remarquer que l'obligation d'emploi, dans ce cas, prendrait fin par le rachat de la rente de la part du débit-rentier ; plus de rente, plus d'arrérages. Par conséquent l'extinction de l'objet entraîne celle de l'obligation elle-même (art. 1108) ; et alors, on arrive à ce résultat, que le mari peut toucher sans emploi le prix du rachat. La femme est en faute, de n'avoir pas prévu cette éventualité et de ne pas s'être parée contre elle par l'obligation imposée au mari d'employer le montant du capital remboursé.

Donc, et c'est la conclusion de tout ce que nous venons de dire, l'emploi ou le remploi seront *insuffisants* toutes les fois que la totalité du prix d'aliénation de l'immeuble dotal ou du produit de la libération des débiteurs dotaux ne sera pas absorbée par l'acquisition.

La plupart du temps, l'insuffisance du remploi ou de l'emploi est masquée sous une dissimulation du prix d'achat ; tantôt le prix de vente est diminué dans l'acte d'aliénation, tantôt le prix d'acquisition est exagéré dans l'acte d'achat.

L'immeuble acquis, pour absorber complètement le prix d'aliénation, pourra cependant encore constituer

un remploi insuffisant, si l'on suppose que le mari l'a payé très au-dessous de sa valeur. Dans ce cas, nous avons vu que le mari ne peut pas être recherché s'il a agi sans fraude, pourvu que le contrat de mariage ne fixât pas le minimum du prix de vente de l'immeuble dotal.

Or, à quel moment faut-il se placer pour apprécier si l'immeuble acquis est l'exacte représentation du prix de vente de l'immeuble dotal? Au jour de l'acquisition.

Aussi, la plus-value acquise au fonds postérieurement à cette époque ne doit pas être prise en considération pour l'appréciation du point de savoir si le remploi est ou non suffisant. Si l'immeuble acquis avait diminué de valeur, entre les mains de la femme, l'agent responsable se déchargerait en lui disant : Au moment de l'acquisition, l'immeuble avait une valeur suffisante ; les risques, à partir de ce moment, sont à votre charge. Par une juste réciprocité, il convient donc d'admettre la réplique de la femme, dans le cas où l'immeuble aura augmenté de valeur entre ses mains ; au moment de l'acquisition, l'immeuble n'avait pas une valeur suffisante; donc, vous ne pouvez pas plus exciper, pour vous décharger, d'une plus-value postérieure à l'acquisition que je ne pouvais exciper moi-même d'une diminution postérieure à cette acquisition, pour vous demander de m'indemniser. Ainsi jugé : Riom, 27 mai 1850 (D., 52, 2, 237).

Quels partis peut prendre la femme en cas d'insuffisance du remploi ? Nous renvoyons l'examen de cette question à la section qui s'occupe de *la sanction des obligations* résultant de la clause d'emploi et de remploi.

## CHAPITRE IX

### QUAND PEUT-ON FAIRE L'EMPLOI OU LE REMPLOI

On peut répondre, d'une manière générale, que l'emploi et le remploi sont possibles tant que la dotalité subsiste, c'est-à-dire pendant toute la durée du mariage. L'effet le plus important de ces actes, sous le régime que nous étudions, est, si l'on peut ainsi parler, la transfusion, dans le nouvel immeuble, de la dotalité qui s'échappe de l'héritage aliéné. Or, cette dotalité qui était restée, comme en suspens, dans l'attente d'un fonds pouvant la recevoir, s'évanouit avec le mariage lui-même ; comment admettre que l'héritage, tardivement acquis, puisse la recueillir? L'emploi et le remploi sont donc irréalisables, après la dissolution du mariage, faute de pouvoir produire les effets qui ont seuls déterminé les parties à les stipuler, faute de pouvoir conserver la dot. Car, en admettre la possibilité à cette époque, c'est permettre à la femme d'accepter, au lieu et place de son immeuble dotal, un immeuble privé de ce caractère ; un immeuble paraphernal saisissable, sur lequel pourront être exécutées les obligations contractées par elle durant le mariage. La femme n'est plus protégée ni contre l'influence de son mari, ni contre elle-même ; que devient alors la sécurité qu'elle

attachait à la clause de remploi si la dot, après la dissolution du mariage, peut ainsi s'en aller par miettes?

Il semble qu'une proposition aussi claire, aussi évidente eût dû rester à l'abri de toute controverse ; il n'en est rien cependant. Nous avons lu, à ce sujet, une intéressante dissertation (Sous Caen, 26 mai 1865. D., 66, 2, 1), dans laquelle M. F. Mourlon se prononce pour la possibilité du remploi, après la dissolution du mariage, en se fondant sur ce que cet événement n'empêchait pas l'immeuble de devenir dotal ! Cet auteur base son système sur les deux règles suivantes : 1° la dissolution du mariage fait disparaître la dotalité pour l'avenir, mais la laisse subsister pour le passé ; 2° toute valeur produite par un bien dotal est, comme lui, dotale ; toute valeur acquise avec le prix d'un bien dotal peut lui être subrogée : et, comme *subrogatum capit naturam subrogati*, la valeur acquise, l'immeuble, si c'est un immeuble, devient dotal comme le prix du bien dotal lui-même.

On voit tout de suite, maintenant, le raisonnement : si l'immeuble acquis, après le mariage, avec le prix d'un immeuble dotal est susceptible de devenir dotal pour le passé, c'est-à-dire ne peut être saisi pour les obligations contractées par la femme *pendente matrimonio*, il n'y a pas de raison de déclarer que le remploi est impossible après la dissolution du mariage. Or, cet immeuble est susceptible de devenir dotal pour le passé; car étant subrogé à la créance du prix de vente de l'immeuble, laquelle est demeurée dotale après la dissolution du mariage, c'est-à-dire insaisissable, l'immeuble prend sa nature et devient insaisissable comme elle.

Donc le remploi est possible après la dissolution du

mariage, parce qu'il assure la conservation de la dot tout aussi bien que s'il avait été accompli *pendente matrimonio*.

Voilà assurément un raisonnement ingénieux, mais qui pèche par la base : la subrogation dont parle M. Mourlon est impossible.

L'insaisissabilité postérieure au mariage a pour but d'assurer l'exécution de la règle « que l'immeuble dotal est insaisissable *pendente matrimonio*, » car, il ne serait pas vrai de dire que l'immeuble dotal n'est pas obligé pour les engagements pris par la femme *pendente matrimonio*, si, pour ces engagements, le même immeuble pouvait être saisi après la dissolution du mariage.

L'insaisissabilité postérieure à la dissolution du mariage est donc la sanction d'une prohibition qui pesait sur l'immeuble dotal, pendant le mariage. Il est impossible de séparer la sanction de la prohibition, puisque celle-ci est la cause même de celle-là. Or, l'immeuble nouveau n'était frappé d'aucune prohibition *pendente matrimonio* ; il n'était pas frappé, d'insaisissabilité pour les créanciers de la femme nés pendant le mariage, puisqu'il ne faisait pas alors partie de son patrimoine ; comment donc expliquer que cet immeuble devienne insaisissable pour ces mêmes créanciers, après la dissolution du mariage ? pourquoi une sanction, là où il n'y avait pas de règle de prohibition ! c'est impossible à concevoir.

Pour que le nouvel immeuble pût devenir insaisissable après la dissolution de l'union conjugale, il faudrait qu'il eût pris la place de l'ancien immeuble dotal pendant le mariage, ne fût-ce qu'un instant de raison ;

alors, l'insaisissabilité aurait une raison d'être dans le passé. Donc l'idée de subrogation répugne dans notre espèce : il n'y a, en réalité, qu'un immeuble paraphernal acheté avec une valeur dotale, par conséquent un immeuble saisissable pour tous les créanciers de la femme, tant pour les créanciers éclos pendant la durée du mariage, que pour ceux qui feront éclosion postérieurement. Tout ce que nous pouvons admettre, c'est le droit, pour la femme, de prélever sur le prix de cet immeuble le montant des valeurs dotales qu'il contient (Aubry et Rau, T. v, p. 611, note 23).

Ainsi donc ce système de subrogation, non pas à la dotalité *entière* d'un immeuble, mais seulement *à un effet isolé* de cette dotalité (l'insaisissabilité postérieure au mariage), répugne à la raison, comme il répugne à la raison qu'un être inanimé puisse communiquer le souffle à un autre être, que le présent puisse se relier au passé quand la seule chaîne qui pouvait les unir est rompue.

Reste qu'après le mariage, l'emploi et le remploi sont impossibles, parce qu'ils supposent la dotalité de l'immeuble subrogé et que la dotalité est alors à jamais ensevelie.

Le système absolu d'après lequel l'emploi est toujours possible après la dissolution du mariage, a obtenu le suffrage de peu d'arrêts (Grenoble, 25 avril 1861. S., 61, 2, 265. Caen, 2 février 1845. D., 45, 2, 81).

La Cour de Cassation, après avoir admis l'impossibilité absolue du remploi après la dissolution du mariage (Req., 25 avril 1842. S., 42, 1, 649), a, dans la suite, résolu le problème par une distinction : lorsque le contrat de mariage confère à la femme le pouvoir

de faire le remploi, cet acte est possible après la dissolution du mariage (20 juin 1853. D., 53, 1, 265). Il devient impossible, au contraire, lorsque ce pouvoir est conféré au mari (Req., 17 décembre 1855. D., 56, 1, 174). La Cour suprême, dans ces deux arrêts, nous paraît s'être placée à un point de vue tout à fait superficiel ; le point de vue fondamental, le seul qui eût dû lui servir de *criterium*, lui a échappé. La Cour de Cassation s'est dit : dans la seconde hypothèse, l'impossibilité du remploi s'impose ; la seule personne au monde qui pût l'effectuer, c'était le mari : or, il est mort ou, tout au moins, la dissolution du mariage a mis fin à ses pouvoirs sur la dot ; donc, à cette époque, il est irréalisable. Mais dans la première hypothèse, au contraire, c'est à la femme seule qu'il appartient de le faire ; or, l'événement de la dissolution du mariage est sans influence pour elle ; il laisse complètement intacts ses pouvoirs sur les biens dotaux ; donc, la femme est encore à temps d'employer, de remployer.

Avant de descendre dans le domaine concret, il fallait, à notre avis, rester dans le domaine purement abstrait ; avant de se demander qui était capable de faire le remploi, il fallait, au préalable, se demander si cet acte était encore possible, en droit, s'il était encore susceptible de produire les effets que la loi attache au remploi sous le régime dotal. Il ne suffit point de courir pour pouvoir atteindre le but, il faut, en première ligne, que le but puisse être atteint. Or, le but essentiel du remploi, c'est de rendre l'immeuble subrogé dotal, comme celui dont il a pris la place ; or, nous l'avons montré, ce but est hors de portée après la dissolution du mariage. Et voilà pourquoi il importe

peu que le pouvoir d'opérer le remploi appartienne à la femme ou au mari.

La Cour de Caen propose une autre distinction dans un arrêt du 26 mars 1865 (D., 66, 2, 1). Le remploi est possible, après la dissolution du mariage, si l'on a remis son accomplissement à un certain délai, pourvu que ce délai coure encore après la dissolution du mariage ; il est impossible si, à cette époque, le délai est expiré.

Elle dit : le mari qui reçoit pouvoir d'aliéner l'immeuble dotal à charge de remploi, peut, à moins de clause contraire, accorder aux acquéreurs des délais pour le paiement ; c'est le droit de tout vendeur. Donc, l'acquéreur du bien dotal a le droit de ne se libérer qu'à l'expiration du délai. Mais il ne peut se libérer qu'à la condition de l'existence d'un remploi ; donc, par cela même qu'il a le droit de se libérer, ce remploi doit être possible après la dissolution du mariage, lorsque le délai n'expire qu'à cette époque.

Cette raison est impuissante à nous convaincre : le remploi n'étant possible, en droit, que tant que la dotalité dure, c'est-à-dire pendant le mariage; d'autre part, l'acquéreur ne pouvant valablement se libérer que s'il y a remploi, il en résulte que le terme est à ses risques et périls, comme le dit M. Bénech (n° 88). Le terme expire-t-il pendant la durée du mariage, le remploi est possible ; expire-t-il après la dissolution du mariage, il ne l'est plus ; aussi, l'acquéreur est-il exposé à être évincé de l'immeuble dotal qu'il a acheté. Une règle *essentielle* est au-dessus de la convention des parties ; il ne peut dépendre d'elles que le remploi puisse se faire quand, métaphysiquement parlant, il ne

peut l'être. Pour toutes ces raisons nous croyons conforme à la saine interprétation de la loi un arrêt de la Cour de Rouen (21 juin 1845. S., 46, 2, 334) qui repousse cette distinction.

De ce que le remploi peut se faire tant que la dotalité dure, il s'ensuit que la *séparation de biens* ne met point obstacle à sa réalisation, puisqu'il résulte implicitement de l'art. 1554 que cet événement laisse subsister la dotalité.

Toutefois, nous devons reconnaître que la jurisprudence n'est pas encore établie sur ce point. On trouve un très grand nombre d'arrêts dans les deux sens (Toulouse, 22 décembre 1834. S., 35, 2, 196 et 14 juillet 1852. D., 53, 2, 11. Limoges, 21 août 1840. S., 41, 2, 56. Lyon, 24 mars 1847. D., 48, 2, 103. *Contrà :* Caen, 30 avril 1849. D., 52, 2, 194. Bordeaux, 21 août 1848. D., 49, 2, 41. Paris, 26 février 1868. S., 68, 2, 73).

Les Cours d'appel qui se prononcent pour l'impossibilité du remploi, après la séparation de biens, s'appuient toutes sur l'art. 1560. Quand l'immeuble dotal, disent-elles, a été aliéné hors le cas où son aliénation était exceptionnellement permise, la femme est investie de l'action révocatoire, *dès la séparation de biens.*

Cet argument serait concluant si la femme en était, dès cette époque, *irrévocablement* investie. Or, il n'en est rien. En effet, pour que la femme puisse faire révoquer l'aliénation de son immeuble dotal, il faut que cette aliénation soit nulle, et pour qu'une aliénation conditionnelle (la vente de l'immeuble dotal à charge de remploi) soit nulle, il faut être certain que la condition ne peut plus se réaliser. Or, le remploi peut se

réaliser tant que l'immeuble acquis peut devenir dotal, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage. Donc, depuis la séparation de biens jusqu'à cette époque, la vente de l'immeuble dotal, non suivie de remploi pendant l'administration du mari, peut être validée par l'accomplissement de ce remploi après la séparation de biens. Par conséquent, la séparation de biens n'investit pas irrévocablement la femme de l'action révocatoire et ne s'oppose pas à l'accomplissement du remploi postérieurement à cet événement.

Certains auteurs, comme M. Bénech (n° 88), admettent que le remploi n'est plus possible après la séparation de biens, parce que le mari *n'est plus apte à l'effectuer alors*. Mais pour que ce remploi soit possible, il n'est pas besoin que le mari puisse le faire, il suffit *qu'une* personne puisse l'effectuer. Or, M. Bénech lui-même (n° 89, p. 197) admet que la femme peut le faire, après la séparation de biens. Voilà donc l'aveu que le remploi est possible après la séparation de biens (Aubry et Rau. T. v, p. 580, note 85).

Quand le contrat de mariage fixe un certain délai dans lequel le remploi doit être fait (par exemple les trois mois qui suivront l'aliénation des biens dotaux) ce délai expiré, le remploi peut-il encore être effectué ?

Si les parties n'ont point stipulé que le délai serait de rigueur, il peut l'être encore. Les choses en cet état, en effet, la faculté d'aliéner survit à l'expiration du délai fixé ; alors, rien n'empêche la femme de consentir, après le délai, une seconde vente au même acheteur ou de ratifier la première. Cette ratification ou cette seconde vente, suivie de remploi, régularisera ce que la première avait de défectueux (Nîmes,

9 août 1842. S., 42, 2, 73. Rouen, 21 juin 1845, S., 46, 2, 334).

Si les parties ont stipulé que le délai serait de rigueur, c'est-à-dire que le remploi serait impossible après l'expiration de ce délai, la solution contraire s'impose ; la condition sans laquelle la femme ne pouvait pas aliéner n'étant plus susceptible de se réaliser désormais, il ne peut être question, vis-à-vis du même acquéreur, ni de revente, ni de ratification suivie de remploi.

## CHAPITRE X

### FRAIS DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI

Il est naturel d'examiner en quoi consistent les frais de l'emploi et du remploi avant de se demander qui doit les supporter.

I. *Détermination des frais d'emploi et de remploi.* — Les frais de l'emploi et du remploi consistent dans le paiement : 1° des loyaux coûts du contrat ; 2° des droits de transcription.

L'acceptation par la femme, d'un immeuble acquis par le mari à titre de remploi, est-elle soumise au droit de transcription de 1 fr. 50 0/0? La solution de cette question, bien controversée, dépend de l'opinion qu'on adopte sur les effets de l'acceptation. Rétroagit-elle d'une manière absolue, la femme devient l'ayant-cause direct du vendeur ; il n'y a qu'une mutation, par

suite qu'une seule transcription. Aussi, la transcription opérée du chef du mari, suffit-elle ; pas besoin n'est de la transcription ultérieure de l'acceptation. Ne rétroagit-elle pas du tout, la transcription de l'acceptation est nécessaire, parce qu'il y a deux mutations.

Par une Sol. du 17 juillet 1879, l'administration décide, sans distinction, que l'acte d'acceptation de la femme est passible du droit de transcription.

Pour ce qui nous concerne, fidèles à l'opinion que nous avons déjà émise, nous dirons : dans l'intervalle de l'acquisition à l'acceptation, le mari a-t-il concédé des droits réels sur l'immeuble destiné au remploi, il n'y a plus un remploi proprement dit, mais une vente entre époux (art. 1595) ; aussi l'acceptation de la femme, qui constitue son titre d'acquisition, devra-t-elle être transcrite. Le mari n'a-t-il pas, dans cet intervalle, concédé des droits réels sur l'immeuble, l'acceptation rétroagit au jour de l'acquisition. Par conséquent, l'acceptation qui ne constitue pas le titre d'acquisition de la femme ne doit pas être transcrite.

3° Des droits d'enregistrement.

Avant d'aller plus loin, il est bon de jeter un rapide coup d'œil sur la loi du 22 Frimaire an VII, qui forme comme le code d'enregistrement ; cela nous aidera à comprendre les prétentions émises par l'administration et nous permettra de les combattre.

Ces droits frappent tous les actes non spécialement exemptés de la taxe. Or, l'enregistrement perçoit deux sortes de droit : 1° un droit *fixe*, 2° un droit *proportionnel* (art. 2).

Le droit fixe est considéré comme la représentation du salaire de la formalité de l'enregistrement, formalité

consistant, comme on le sait, dans la relation d'un acte ou d'une mutation sur un registre à ce destiné. Il se perçoit sur tous les actes qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission (art. 3). L'énumération des actes, soumis à ce droit, se trouve dans l'art. 68.

Le droit proportionnel ne frappe que les actes qui obligent, libèrent et transmettent (art. 4). Il vise le contenu de l'acte plutôt que l'instrument, puisqu'il consiste dans le paiement d'un impôt de tant 0/0 sur la valeur de la chose ou le montant de la somme formant l'objet de la convention, de la disposition.

Il est à remarquer qu'un seul acte peut donner ouverture à plusieurs droits distincts. L'art. 11 de la loi présente nous dit, en effet : « Lorsque, dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire ou extra-judiciaire, il y a plusieurs dispositions indépendantes, ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles et selon son espèce, un droit particulier.

Tous les actes qui ne rentreraient pas dans l'énumération des actes tarifés par les art. 68-69 de la loi de Frimaire, sont soumis au paiement des droits d'enregistrement, sous la qualification d'actes *innommés*. Le remploi et l'emploi sont du nombre.

Cet aperçu très sommaire des règles de l'enregistrement suffit pour nous donner une idée des droits que l'Administration des domaines réclame au sujet de l'accomplissement d'un emploi ou remploi.

Examinons rapidement les droits d'enregistrement auxquels ils donnent lieu.

Ils donnent lieu au droit proportionnel, c'est incon-

testable, car le remploi, l'emploi supposent une acquisition, et toute acquisition est soumise au droit proportionnel.

Est-il dû un droit fixe pour la double déclaration contenue dans l'acte d'acquisition ?

L'administration l'avait prétendu, se fondant sur l'art. 68 (§ 1, n° 23) qui tarife d'une manière générale *les déclarations pures et simples,* ajoutant d'ailleurs qu'on doit considérer la déclaration comme décharge du remploi. Mais les tribunaux se fondant, à leur tour, sur l'art. 11, ont toujours repoussé cette prétention. Voyez notamment Vitré, 13 juillet 1836. D., 37, 3, 129. Dreux, 30 novembre 1842 et 26 août 1846. D., 47, 4, 219). Cette déclaration ne saurait être, en effet, regardée comme indépendante de la vente, puisqu'elle a pour but de faire connaître aux tiers le véritable acquéreur. Sans avoir, tout d'abord, renoncé à cette prétention, l'administration ne l'élevait cependant que fort timidement, puisque dans une solution du 26 août 1864 (S., 65, 2, 147), elle recommandait « de ne pas insister sur le forcement. » Depuis, elle y a renoncé formellement, par une solution du 10 septembre 1873.

L'acceptation de la femme donne-t-elle ouverture à un droit fixe indépendant de l'acquisition ? Pas davantage : l'acceptation de la femme qui a lieu dans l'acte même d'acquisition, n'est nullement indépendante du contrat d'acquisition, puisqu'elle la santionne au contraire (art. 11, Dictionnaire de l'enregistrement, V° Remploi, n° 17).

Mais il en serait autrement, si cette acceptation avait lieu par acte séparé ; car nous tomberions alors sous l'application de l'art. 68, § 1, n° 6, qui soumet à un

droit fixe de un franc, les actes qui ne contiennent que l'exécution, le complément et la consommation d'actes antérieurs, enregistrés.

Lorsque la femme accepte, en remploi de sa dot, un immeuble précédemment acquis à cet effet par le mari, cette acceptation *ex intervallo* donne-t-elle ouverture au paiement d'un nouveau droit proportionnel de mutation?

Non, la femme n'est pas redevable à l'administration d'un nouveau droit proportionnel de mutation, si le mari n'a pas révoqué son offre de subrogation, en hypothéquant l'immeuble. Le droit qu'il a déjà payé, c'est elle qui est censée l'avoir soldé, car, en vertu de l'effet rétroactif de son acceptation, elle devient l'ayant cause direct du vendeur et non de son mari. Il n'y a qu'une mutation et non pas deux, aussi n'y a-t-il lieu à la perception que d'un seul droit (Trib. de Tarascon, 27 novembre 1862 et Req. 14 janvier 1868. D., 68, 1, 101. Mourlon, de la Transcription, I. n° 60).

Mais il en serait tout autrement, si le mari avait tacitement révoqué son offre ; car alors, l'acceptation de la femme équivaut à un contrat de vente entre époux (art. 1595).

Il y a deux mutations, la femme est l'ayant-cause de son mari, aussi doit-elle, en outre du droit payé par ce dernier, en payer un second.

Dans cette dernière hypothèse, notre opinion diffère de celle de la Cour de cassation en ceci : nous exigeons de la femme le paiement et d'un droit de transcription et d'un droit de mutation. La Cour de cassation exige ce dernier droit seulement. La logique ne nous permet pas de considérer le même immeuble à la fois, comme

n'ayant jamais appartenu au mari (puisque l'acceptation rétroagit vis-à-vis de lui), et comme lui ayant appartenu (puisqu'il a concédé des hypothèques).

Lorsque le mari donne à sa femme, en remploi de son immeuble aliéné, un de ses biens propres (art. 1595), une transmission directe s'opère entre les deux époux, aussi est-elle soumise, dans ce cas, au paiement du droit proportionnel (Req. 15 mai 1839. D., 39, 1, 236. Rodière et Pont, III, n° 2052).

Les droits d'enregistrement qui découlent de l'accomplissement du remploi s'étendent donc : 1° à l'acquisition elle-même (Droit proportionnel).

2° A l'acceptation de la femme (elle est soumise à un droit fixe, si elle est faite *ex intervallo ;* elle est ou non soumise à un droit proportionnel de mutation, suivant la distinction que nous avons établie).

Jamais ils ne peuvent être réclamés pour la double déclaration.

Tels sont les frais d'emploi ou de remploi dégagés de tout incident.

Mais des incidents peuvent survenir, qui nécessitent de nouveaux frais. Par exemple : le débiteur de la dot ou l'acquéreur du fonds dotal jugeant insuffisant l'emploi qui leur est offert par la femme ou le mari, se laissent condamner à payer, par la justice, ou font légitimer par elle, leur refus de payer. Autre exemple : A suite de l'absence de justification d'emploi par le mari, l'acquéreur et le débiteur font des offres réelles et versent dans la caisse des dépôts et consignations le montant de leur libération, etc., etc. Voilà de nouveaux frais exposés.

II. *Contribution aux frais d'emploi et de remploi.* — Qui doit supporter : 1° les frais de remploi et d'emploi proprement dits ; 2° les frais des incidents nés de ces actes ?

Pour ce qui concerne les premiers, la jurisprudence a été pendant longtemps bien flottante et bien incertaine. C'est ainsi que la Cour de Caen (7 août 1849, D., 52, 5, 476. 7 juillet 1845. D., 46, 4, 444), et celle de Rouen (30 avril 1851. D., 55, 2, 2) les mettent à la charge du mari.

La Cour de Grenoble (27 mai 1841. D., n° 4019-2°) et celle de Caen (18 décembre 1837. D., n° 4019-1°), à la charge de l'acquéreur.

Les Cours de Caen (10 mars 1856. D., 57, 2, 78), de Besançon (29 juillet 1871. D., 73, 5, 397) et de Nîmes (13 novembre 1872. D., 73, 2, 189), à la charge de la femme.

Nous comprenons, à la rigueur, qu'on fasse supporter ces frais par le mari, car, en définitive, le remploi est fait bien plutôt dans son intérêt que dans celui de la femme. Comme le dit, en effet, M. Laurent (T. XXIII, n° 518), « l'aliénation de l'immeuble dotal à charge de remploi, n'a pour but que de permettre aux époux de vendre un immeuble dispendieux ou improductif, en le remplaçant par un immeuble plus avantageux... » Or, la jouissance des revenus des biens dotaux appartenant au mari et non à la femme, c'est bien lui qui tire le plus grand profit du remploi. Mais nous ne comprenons point qu'on ait songé à les faire supporter par l'acquéreur du bien dotal, qui ne profite en rien de l'acquisition en remploi. On dit bien, pour justifier cette solution, que la femme doit retrouver dans le nouvel

immeuble l'intégrité de la dot, ce qui ne serait pas, si les frais étaient pris sur cette dot. Mais, est-il permis de chercher le salut de la dot dans un expédient injuste pour l'acquéreur?

Nous croyons que la vérité se trouve dans la combinaison du premier et du troisième système. S'agit-il *d'emploi*, cette mesure est toute dans l'intérêt de la femme; le mari n'a pu s'y soustraire; aussi les ferons-nous supporter par la femme, si elle accepte. Car, indépendamment de ce qu'elle est la principale et souvent la seule intéréssée à l'emploi, elle doit aussi, comme acheteur, supporter les frais (art. 1593. Civ., 16 novembre 1859. D., 59, 1, 490).

S'agit-il du remploi, cette mesure intéresse surtout le mari; rien ne l'obligeait à vendre, rien, par conséquent, ne l'astreignait au remploi; il s'y est volontairement soumis en aliénant; d'un autre côté, la femme est acheteur, quand elle accepte; en cas de séparations de biens ou de dissolution du marige par le prédécès du mari, elle profitera de l'augmentation de revenus. Nous inspirant de ces deux éléments de solution, nous mettrons les frais *partim* à sa charge, *partim* à la charge du mari, dans la proportion que les tribunaux seront chargés d'établir, en cas de contestation entre les époux.

Si la femme n'accepte pas, dans les deux cas précédents, c'est le mari qui devra supporter les frais.

Pour ce qui concerne les frais des incidents nés de l'emploi ou du remploi, nous les ferons supporter par la partie qui succombe; par exemple, à la charge du débiteur de la dot, de l'acquéreur, si la justice, trouvant l'emploi suffisant et blâmant son refus de se libérer,

l'a condamné à payer ; à la charge de la femme, dans le cas inverse (Limoges, 21 août 1852. D., 53, 2, 5. Req. 8 avril 1862. D., 62, 1, 292).

## CHAPITRE XI

### DES DROITS RÉSULTANT DE LA CLAUSE D'EMPLOI OU DE REMPLOI

La clause d'emploi ou de remploi, comme toute convention, est productive de droits. Les titulaires de ces droits sont : 1° la femme ; 2° les tiers débiteurs de la dot ou acquéreurs de l'immeuble dotal ; 3° le mari.

Nous déterminerons d'abord ces droits, puis nous indiquerons leur sanction, c'est-à-dire les moyens de les faire respecter.

### SECTION I

#### *Détermination des droits résultant de la clause d'emploi ou de remploi.*

I. — *Droits de la femme.* — Les droits résultant de la clause d'emploi ou de remploi consistent dans les moyens légaux d'en exiger l'accomplissement. Or, ces

moyens appartiennent à la femme d'abord, puisque la clause a été stipulée dans son intérêt.

Cette clause constituant une *sûreté* de la dot, elle n'en peut exiger la réalisation que lorsque le *danger* commence pour cette dot, c'est-à-dire lorsque le mari, sur ses instances, sur ses poursuites, est au moment de la recevoir. Tant que, restant dans l'inaction, il laisse les deniers dotaux aux mains de ceux qui les détiennent, personne ne peut le forcer à les réclamer, afin de les convertir en un immeuble. Au reste, si cette négligence, trop longtemps prolongée, amenait l'extinction par prescription de la créance dotale, sa stérilité par la survenance de l'insolvabilité du débiteur, en un mot un préjudice quelconque, les art. 1562, 1567 et 1569 la feront inévitablement tomber sur le mari, en le mettant dans la nécessité de réparer le mal causé.

II. — *Droits des tiers débiteurs et acquéreurs.* — Les débiteurs de la dot (les débiteurs directs, comme par exemple les constituants; les débiteurs cédés à la femme, par la constitution; les dépositaires de la dot, comme par exemple la banque de France, la caisse des dépôts et consignations, etc.) peuvent exiger la justification de l'emploi ou remploi.

Ce droit a son fondement dans la responsabilité que leur fait encourir le défaut ou l'insuffisance du remploi. Toute responsabilité encourue suppose, en effet, qu'on est victime de sa propre faute; or, le fait des débiteurs de la dot d'avoir payé sans la justification préalable d'un remploi, ne peut constituer une faute, que si vous leur donnez le droit d'exiger ce remploi.

Si le débiteur des deniers dotaux a eu l'imprudence de payer sans l'exiger au préalable, peut-il, tant que le mari ne l'a pas fait, répéter ce qu'il a payé ?

Il n'y a pas de doute, car tout débiteur peut répéter ce qu'il a indûment payé (art. 1376); or, celui qui doit des sommes dotales à charge d'emploi, est un débiteur conditionnel, et, comme tel, ne doit rien tant que la condition (l'emploi) n'est pas réalisée (Rodière et Pont, T. III, n° 1707). La Cour de Cassation (23 janvier 1826) a jugé que la renonciation au droit d'exiger l'emploi ne pouvait s'induire du paiement fait au mari purement et simplement, parce que les renonciations sont de droit étroit ; elle a, en conséquence, admis ce débiteur imprudent à faire des saisies-arrêt entre les mains du débiteur du mari, à l'effet de faire effectuer l'emploi. Cette décision est conforme aux vrais principes.

Si le mari s'obstine à refuser aux débiteurs la justification d'un emploi, il ne convient pas de les laisser à sa merci ; il faut savoir concilier l'intérêt de la femme qui demande que le mari ne touche la dot que s'il a pourvu à sa conversion en immeubles, et l'intérêt des débiteurs qui est de se libérer le plus promptement possible, afin de faire cesser le cours des intérêts. La jurisprudence (Aix, 20 juin 1834. S., 1834, 2, 436) et les auteurs (Laurent, T. XXIII, n° 520. Bénech, n° 60) ont résolu ce problème en décidant que les débiteurs pouvaient faire des offres au mari, à condition qu'il justifiera dans un délai déterminé d'un emploi utile. Le délai écoulé, s'il n'a point satisfait à cette condition, les débiteurs verseront le montant de leur dette à la caisse des dépôts et consignations; celle-ci ne livrera

la somme au mari que sur la justification d'un emploi approuvé par les tiers responsables ou par la justice.

Le mari n'offre-t-il aux débiteurs qu'un emploi sur l'utilité duquel ils ont des doutes, ils peuvent le quereller (la femme consentirait-elle à l'accepter), faire opposition au paiement et ne se libérer que sur un jugement proclamant l'emploi suffisant et les condamnant à payer.

L'insuffisance de cet emploi serait-elle ultérieurement constatée, on n'en pourrait pas rendre responsables des débiteurs qui, après tout, ont, en payant, obéi au pouvoir judiciaire (Ainsi jugé pour le remploi : Aix, 20 juin 1834. S., 34, 2, 436. Rouen, 3 mars 1841. D., 1842, 2, 142).

Les acquéreurs du fonds dotal sujets à la même responsabilité que les débiteurs de la dot, doivent, pour cette raison, participer aux mêmes droits.

III. — *Droits du mari.* — Le mari qu'une séparation de biens, oblige à faire compte à la femme des montants de ses reprises, peut aussi exiger le remploi.

Il n'a ce droit là, remarquons-le, que si la clause d'emploi est insérée dans le contrat de mariage. Le mari est ici véritablement débiteur de la dot; c'est parce que son paiement n'est libératoire que s'il se transforme en une acquisition, qu'il a le droit d'exiger l'emploi.

Notons, en outre, que d'après la jurisprudence, l'article 1450 s'applique sous le régime dotal, soit aux biens dotaux (Req. 13 août 1863. D., 63, 1, 463), soit même aux biens paraphernaux (Cass. 25 avril 1882, S., 82, 1, 441). En conséquence, le mari est responsable, après la séparation de biens, du défaut d'emploi ou de rem-

ploi : 1° Lorsque la vente a été faite de son consentement et en sa présence ; 2° lorsqu'il a concouru a une vente faite par la femme avec l'autorisation de justice. C'est pourquoi il peut, dans ces hypothèses, exiger l'emploi ou le remploi, même en dehors de toute stipulation dans le contrat de mariage.

## Section II

### *Sanction des droits résultant de la clause d'emploi ou de remploi.*

Par sanction, nous entendons les moyens légaux dont on peut faire usage, pour obtenir l'accomplissement du remploi ou de l'emploi. Ces moyens variant avec les personnes que nous venons de passer en revue, nous reprendrons la même énumération, épuisant séparément ce qui concerne chacune d'elles.

La clause d'emploi met à la charge du mari une obligation de faire. Or, on se trouvait, dans la pratique, entre l'impossibilité d'obtenir, *manu militari*, l'exécution d'une pareille obligation. *Nemo potest præcise cogi ad factum.*

M. Toullier (de la com., chap. II, n° 31, pp. 52 et 53) pense que le défaut d'emploi est *seul*, un moyen suffisant de séparation de biens et que la femme pourrait, en la faisant prononcer, régulièrement l'effectuer elle-même.

Quelque digne de protection que soit la femme, l'ar-

ticle 1443 est un obstacle qui nous empêche de suivre M. Toullier jusque-là ; le *péril de la dot* est la condition essentielle sans laquelle la femme ne peut obtenir la séparation de biens. Aussi, nous admettons volontiers la femme à la demander, lorsqu'au refus du mari d'accomplir l'emploi, se joindra l'absence de biens suffisants, pour répondre de la dot ; mais ce refus, en cas de solvabilité de sa part, ne peut justifier une mesure aussi grave que la séparation de biens. D'ailleurs, cette solution n'est pas nouvelle ; nous la trouvons dans Renusson (Traité des propes, ch. VI, sect. 7, p. 315), Lebrun (de la Communauté, p. 306). On la trouve aussi dans un arrêt du 25 août 1835. (Epoux de Villeneuve) de la Cour de Toulouse, qui n'est point rapporté dans les recueils judiciaires, mais dont M. Bénech (p. 48) dit avoir constaté l'existence sur les registres de la Cour.

Aussi, bien que l'exercice des actions dotales appartienne exclusivement au mari pendant le mariage, la jurisprudence reconnaît cependant à la femme le droit de demander que, faute par le mari d'exécuter l'emploi ou le remploi, dans le délai qui lui sera imparti par le juge, elle soit autorisée à toucher le prix de l'immeuble dotal ou le montant des créances dotales, et à l'effectuer elle-même. (Caen, 2 août 1851. S., 1852, 2, 182. Req. rej., 20 décembre 1852. S., 1853, 1, 151.) Il est certain que cette procédure contrevient à l'art. 1549 ; mais à défaut d'autre moyen, il fallait bien se plier aux exigences de la pratique : « *nécessité fait loi.* » Aussi a-t-elle reçu l'approbation des auteurs, et notamment de MM. Aubry et Rau (T. v, p. 578).

Par quel moyen le débiteur de la dot, l'acquéreur du

bien dotal, pourront-ils exiger du mari l'accomplissement de la clause d'emploi ou de remploi?

Pas plus pour eux que pour la femme, il ne pouvait s'agir d'une voie directe, mais ils arrivent au même but par une voie détournée; les auteurs et la jurisprudence leur reconnaissent le droit de refuser le paiement de la créance dotale et du prix d'acquisition, jusqu'à ce qu'il soit justifié d'un emploi ou remploi *régulier, complet* et *exempt de toute chance d'éviction* (Aubry et Rau, 583, note 95). On a bien essayé de leur nier ce droit, en disant qu'ils ne pouvaient profiter d'une convention à laquelle ils étaient demeurés étrangers; mais de ce que la clause d'emploi ou de remploi est une *res inter alios acta*, on ne peut conclure qu'une seule chose, c'est que ce droit ne dérive pas d'un engagement personnel; comme nous l'établirons dans la section suivante, leur paiement n'est libératoire que si les deniers sont employés; c'est de cette responsabilité même que naît, pour eux, le droit de refuser de payer tant que cet emploi n'est pas justifié.

Toute la jurisprudence était de cet avis. Seul, un arrêt de la Cour de Paris du 4 juin 1831 (S., 1831, 2, 111), que MM. Rodière et Pont classent parmi « *les grandes erreurs juridiques*, » faisait divergence; cette Cour est bien vite revenue sur sa jurisprudence. Paris, 23 mars 1844 (S., 44, 2, 131).

*Pour les constituants*, voyez: Paris, 25 février 1826. (D., nos 4030 et 1014. Angers, 15 février 1877. D., 77, 2, 176).

*Pour le débiteur de la dot* : Aix, 20 juin 1834 (S., 34, 2, 436. Civ. 9 juin 1841. D., 41, 1. 257).

*Pour l'acquéreur du bien dotal*, voyez : Paris,

1er juillet 1828. (S., 28, 2, 281. Agen, 5 janvier 1841. S., 41, 2. 639. Req., 12 décembre 1833. S., 34, 1, 202. Req. 25 avril 1842. S., 42, 1, 651. Bordeaux, 1er décembre 1847. S., 48, 2, 384. Limoges, 7 mai 1862. S., 63, 2, 10).

*Enfin pour le mari*, voyez : Cass., 29 décembre 1839. (S., 40, 1, 242. Limoges, 16 décembre 1848. S., 49, 2, 342).

## CHAPITRE XII

### OBLIGATIONS RÉSULTANT DE LA CLAUSE D'EMPLOI OU DE REMPLOI

La clause d'emploi ou de remploi, comme toute convention, est productive d'obligations. Ces obligations sont à la charge : 1° du mari ; 2° des tiers débiteurs des deniers dotaux ou acquéreurs de l'immeuble dotal ; 3° de la femme séparée de biens.

Suivant l'ordre que nous avons déjà adopté pour les droits résultant de cette clause, nous déterminerons les obligations, après quoi nous ferons connaître leur sanction.

## Section I

### *Détermination de ces obligations.*

I. *Obligations du mari.* — Cette clause oblige le mari à faire l'emploi ou le remploi, puisqu'il l'a librement acceptée dans le contrat de mariage.

Il ne lui suffit pas, pour être à l'abri de toute recherche, d'effectuer un remploi quelconque : il faut, de plus, qu'il se soit livré à des investigations sérieuses, ayant pu faire naître chez lui, la conviction que l'immeuble était d'une valeur vénale proportionnée aux deniers employés, exempt de toute chance d'éviction et constituait, dès lors, une acquisition avantageuse pour la femme ; sinon, l'éviction survenant, la femme (ainsi que nous l'établirons plus tard), pourrait lui demander le remboursement du prix de vente de son immeuble dotal et lui réclamer même des dommages-intérêts ; (Req. rej. 27 mai 1861. S., 1862, 1, 199. art. 1142. Aubry et Rau, T. v, p. 578). Cette éviction et le préjudice qui en résulte pour la femme, sont en effet imputables au mari, puisqu'ils ont pour cause le fait par lui d'avoir acheté un immeuble sur la véritable situation duquel il a négligé de s'éclairer.

Cependant il ne faut pas exagérer sa responsabilité. On n'est en droit d'exiger de lui, pour la gestion des affaires dotales, que ce qu'on peut exiger d'un bon père de famille, c'est-à-dire une enquête sérieuse, mais non pas la plus minutieuse qui se puisse imaginer, celle à

laquelle se livrerait le *diligentissimus pater familias* Romain (art. 1562-607-1137 combinés).

Aussi, l'éviction de l'immeuble acquis se produisant, ou son insuffisance de valeur se manifestant, deux cas peuvent se présenter : ou le mari ne s'est livré à aucune enquête touchant la condition du nouvel immeuble, et il est responsable de l'éviction et de l'insuffisance de valeur. Ou le mari, sans se livrer à la plus parfaite enquête qu'on puisse imaginer, a eu cependant recours aux moyens d'information suggérés par la prudence vulgaire, et il n'est pas responsable.

Pour être responsable de l'inefficacité ou de l'insuffisance de l'emploi et du remploi provenant de sa négligence, le mari, cela va sans dire, est à l'abri de toute poursuite, quand elles résultent d'un événement imprévu. (Aubry et Rau. T. v, p. 551, Note 23. Req. Rej. 2 août 1853. S., 1855, 1, 209).

II. *Obligations des tiers débiteurs et acquéreurs.* — La clause qui nous occupe, oblige tant les débiteurs dotaux que les acquéreurs de l'immeuble dotal à veiller à l'exécution de l'emploi et du remploi.

Tout le monde reconnaît que la clause de remploi impose cette obligation à l'acquéreur du fonds dotal, bien qu'il n'ait pas été partie au contrat de mariage. En effet, l'acquéreur doit savoir, par la lecture du contrat, que le remploi est la condition *sine quâ non* de l'aliénation de l'immeuble dotal ; sans y être obligé, il achète cet immeuble ; donc il se soumet, par là-même, à la loi du contrat ; c'est à lui d'en surveiller l'exécution, s'il veut éviter une éviction (Laurent. T. XXIII, n° 518 in fine).

Mais, en revanche, bon nombre d'auteurs et bon nombre d'arrêts ne veulent point admettre que la clause d'emploi engendre cette même obligation à la charge des débiteurs de la dot.

Cependant le doute ne nous paraît point permis, car, pouvez-vous concevoir que la clause d'emploi soit une sûreté de la dot si vous supprimez la seule chose qui assure à la femme la conservation de cette dot : la réalisation de l'emploi comme condition *sine quâ non* de la libération du débiteur ? Nous comprendrions que la légitimité de la clause d'emploi, dans notre droit, soit mise en question, mais cette légitimité reconnue, notre esprit se refuse à comprendre qu'on puisse exonérer le débiteur de toute responsabilité, comme il se refuserait à comprendre qu'on pût accorder le droit de vivre à un homme, tout en lui refusant l'élément indispensable à la vie : l'air.

Mais quel est donc l'argument de nos contradicteurs ? Ils disent, et c'est là leur unique raisonnement, ils disent : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; or, les débiteurs, les dépositaires de deniers qui ont été constitués en dot, sont absolument étrangers aux conventions matrimoniales, et, par suite, à la clause d'emploi ; donc elle ne peut pas avoir pour effet de les obliger.

Nos adversaires ont le tort de supposer que l'obligation a nécessairement son fondement dans un engagement personnel. En l'absence de toute convention, elle peut résulter « de l'autorité seule de la loi, » nous dit l'art. 1370. Or, c'est bien l'autorité seule de la loi qui rend obligatoire, pour les tiers, le mandat donné par la femme à son mari, de ne recevoir les deniers dotaux

qu'à la condition de les employer, mandat auquel ils sont étrangers.

Et, tout d'abord, est-il permis à la femme de limiter ainsi les pouvoirs du mari sur la dot? Oui, puisqu'en l'art. 1387, le législateur proclame le principe de la liberté des conventions matrimoniales. En second lieu, les débiteurs sont-ils tenus, oui ou non, de ne verser leurs mains que dans les mains du mari, à l'exclusion de celles de la femme? Oui; d'après l'art 1549, ils ne pourront point traiter avec un autre. Donc si, d'une part, les débiteurs de la dot ne peuvent payer que le mari; si, d'autre part, le mari ne peut donner quittance que sur la justification d'un emploi, les tiers ne seront libérés que si cet emploi a été réalisé, parce qu'au regard de la femme, le paiement n'existera que si le mari l'a reçu dans la limite de ses pouvoirs (articles 1989, 1998, 1239, 1241 combinés). Donc, au droit qu'a la femme d'exiger une deuxième fois le paiement de sa créance, si satisfaction n'est point donnée à la loi du contrat, correspond l'obligation, pour les tiers, de surveiller l'emploi.

Et cette obligation a véritablement son fondement dans l'autorité de la loi, puisqu'elle dérive de la nécessité où les met l'art. 1549, de ne payer qu'entre les mains du mari. Sans doute, nous ne disconvenons pas que, contrairement au principe de droit commun, la situation primitive des débiteurs est changée, aggravée même; que les conventions matrimoniales troublent l'économie des relations entre créanciers et débiteurs; ces dérogations étaient commandées par un intérêt d'ordre supérieur : l'établissement d'un système de

garanties pour les biens formant la base de l'association conjugale.

Si le mariage entraîne de profondes perturbations dans le monde des intérêts privés, le législateur a rendu néanmoins toute surprise impossible en édictant la loi du 10 juillet 1850, laquelle permet aux tiers de s'assurer du contenu de la charte matrimoniale ; à côté du mal il a placé le remède.

On se demande, en vérité, ce que deviendraient les systèmes matrimoniaux, si les débiteurs pouvaient se soustraire à la nouvelle situation qu'ils leur créent, en excipant de la règle : « *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.* Ce serait l'anarchie dans le droit !

Donc la clause d'emploi oblige les tiers, parce que c'est une convention matrimoniale, et que le propre des conventions de cette sorte est d'obliger ceux qui n'y ont point été parties.

Cette réponse condamne tous les systèmes qu'avaient inventés, jusqu'à ce jour, et les auteurs et la jurisprudence, parce que tous s'appuient sur le même raisonnement : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. »

Par conséquent, il faut repousser toutes les distinctions suivantes :

1° Sont obligés de veiller à la réalisation de l'emploi, les débiteurs directs de la dot, par exemple, ceux qui l'ont constituée ; n'y sont pas obligés les autres débiteurs, c'est-à-dire ceux qui, primitivement obligés envers une tierce personne, sont ensuite devenus les débiteurs de la femme par l'effet d'une constitution de

dot (Zachariæ. Droit Français. T. III, note 17, p. 572 et note 9, p. 376).

2° Doivent veiller à la réalisation de l'emploi, parce qu'ils en sont garants, ceux qui antérieurement au mariage devaient déjà à la femme la somme qu'elle s'est plus tard constituée en dot; n'y doivent pas veiller, ceux qui ne sont devenus les débiteurs d'une femme, dont la constitution dotale embrasse tous les biens présents et à venir, que postérieurement au mariage, à suite d'une cession consentie à la femme (Pau, 12 janvier 1839 et Cass., 9 janvier 1841. D., 1841, 2, 131).

A quelque point de vue qu'on se place, cette distinction est illogique; ou vous admettez que les tiers, qui n'ont pas été parties au contrat de mariage, ne sont pas liés par les clauses de ce contrat, et alors nous ne voyons pas pourquoi la clause d'emploi obligerait les débiteurs antérieurs au mariage, tandis qu'elle ne lierait pas ceux qui sont postérieurs à cette époque, puisque les uns et les autres sont étrangers au contrat de mariage. Ou vous admettez qu'un débiteur ne peut pas être soumis à des obligations plus onéreuses que celles résultant de la convention primitive, et alors nous ne voyons pas pourquoi la clause d'emploi obligerait les débiteurs antérieurs au mariage, tandis qu'elle n'obligerait pas les débiteurs postérieurs à cette époque, puisque primitivement, c'est l'hypothèse, ni les uns ni les autres n'étaient soumis à la condition d'emploi.

MM. Aubry et Rau sont d'une opinion que nous qualifierons de mixte; d'après ces auteurs, la clause d'emploi obligerait les tiers, *lorsqu'il apparaît clairement que l'intention des parties a été de faire*

*dépendre la validité du paiement de la condition*, sine quâ non *de l'emploi des deniers qui en forment l'objet*, elle ne les obligerait pas lorsque le contrat de mariage se borne à stipuler la condition d'emploi. Voici, réduite dans sa forme la plus simple, l'argumentation de MM. Aubry et Rau : le mari a un double droit sur la dot, il peut : 1° en exiger le paiement des débiteurs de la femme (art. 1549); 2° en disposer comme bon lui semble en qualité de quasi-usufruitier de la dot (art. 1549 et 587 combinés). Or la clause d'emploi, à elle seule, a simplement pour résultat d'enlever au mari la libre disposition des deniers dotaux ; mais elle laisse subsister, tout entier, son droit d'exiger le paiement des deniers dotaux, paiement qui doit, dès lors, être libératoire puisqu'il est fait à celui qui avait la capacité de recevoir (art. 1239 et 1241).

Donc, pour que la libération des tiers soit subordonnée à la réalisation de l'emploi, il faut, en outre de l'insertion de cette clause dans le contrat de mariage, la manifestation claire de l'intention des parties, de faire dépendre la validité du paiement de l'accomplissement de l'emploi. (Aubry et Rau. T. v, p. 550, note 19.) C'est aussi la dernière jurisprudence de la Cour de Cassation. (Paris, 4 juin 1831. S., 1831, 2, 211. Req. rej., 7 novembre 1854. S., 1854, 1, 705. Req. 1er février 1859. C., 59, 1, 266, ne statue pas sur la question de savoir si, indépendamment d'une clause particulière, la cause d'emploi oblige les tiers).

Nous sommes d'accord pour le principe avec ces savants auteurs ; oui, les tiers ne doivent être soumis à l'obligation de surveiller l'emploi, que si l'intention des parties de soumettre la valadité du paiement à l'accom-

plissement de cette clause, leur apparaît clairement ; mais est-ce que l'insertion, dans le contrat de mariage, de la clause d'emploi toute nue, n'est pas la manifestation la plus évidente d'une semblable intention de la part des parties ? La femme stipule l'emploi pour conserver sa dot ; le seul moyen qui lui assure cette conservation, c'est de rendre les tiers responsables de cet emploi. Qui veut la fin veut les moyens ; donc, par cela seul que la femme veut l'emploi, elle veut aussi que les tiers en surveillent l'exécution sous leur responsabilité personnelle.

La solution contraire nous amène fatalement à la violation de l'art. 1157, en nous faisant interpréter une convention susceptible de deux sens, d'après le sens qui ne lui fait produire aucun effet.

En résumé, les débiteurs de la dot sont, comme les acquéreurs du fonds dotal, obligés de veiller à l'exécution de l'emploi sous leur responsabilité personnelle.

Quels devoirs l'obligation de surveiller l'emploi ou le remploi impose-t-elle aux débiteurs de la dot et aux acquéreurs de l'immeuble dotal ?

Cette obligation est complexe ; elle leur impose le devoir : 1° de contrôler l'existence de l'emploi et du remploi ; 2° de discuter son mérite, c'est-à-dire de s'éclairer sur le point de savoir s'il est utile et suffisant.

Les tiers doivent, d'abord, contrôler son existence. La parole du mari affirmant qu'il est déjà consommé, ou l'engagement pris par lui de l'effectuer, s'il ne l'est déjà, ne met point leur responsabilité à couvert.

S'il en était autrement, la clause d'emploi ou de remploi ne présenterait aucune utilité pour la femme, mais

deviendrait une pure condition de forme; car, à défaut d'un immeuble, il ne lui resterait plus, pour recouvrer le montant de ses reprises ou du prix de son immeuble dotal, qu'un recours contre son mari, la plupart du temps insolvable.

En second lieu, les tiers doivent discuter le mérite de l'acquisition. L'emploi et le remploi sont utiles lorsqu'ils ont pour objet un immeuble exempt de toute chance d'éviction, d'une valeur proportionnée à celle des deniers employés. Les débiteurs et acquéreurs devront donc se munir de tous les renseignements de nature à les éclairer sur ces deux points. Ils devront, à cet effet, se faire présenter les titres de propriété des vendeurs, se faire délivrer un état des inscriptions, opérer la purge des hypothèques, se livrer à des évaluations sur la valeur de l'immeuble, etc., en un mot prendre toutes les mesures commandées par la prudence.

Cependant il ne faut pas exagérer cette responsabilité; il ne serait point raisonnable d'exiger des tiers, qui ne sont nullement intéressés à la prospérité de la dot, et ne se sont aucunement engagés à surveiller l'emploi ou le remploi, une diligence égale à celle dont est tenu le mari, directement intéressé à la prospérité de la dot et personnellement obligé à employer les deniers dotaux. Aussi, les tiers débiteurs de la dot et l'acquéreur de l'immeuble dotal seront-ils tenus d'apporter, à la surveillance de l'emploi ou du remploi, les soins qu'ont coutume de donner à leurs affaires les pères de famille les moins diligents. Par conséquent, en cas d'éviction ou d'insuffisance de valeur de l'immeuble acquis, la femme qui a un recours contre le mari, ne

pourra également recourir contre les tiers que s'ils ont omis de prendre les précautions qui s'imposent aux hommes les plus négligents. (Bénech, n° 61.)

Il est bien entendu que la faute lourde des tiers devra être appréciée *in abstracto*. L'incurie *absolue* ne peut être pour eux une excuse.

La théorie des fautes ne s'applique qu'à ceux qui se sont engagés, soit directement, soit indirectement, envers une personne (art. 1137). On pourrait donc soutenir, ce semble, qu'elle doit demeurer absolument étrangère aux tiers qui ne se sont engagés envers la femme ni directement, ni indirectement; que ces tiers doivent endosser la responsabilité de l'éviction (ayant une cause concomitante à l'acquisition) de l'immeuble acquis ou de l'insuffisance de sa valeur, sans avoir à rechercher s'ils ont fait ou non preuve de diligence; qu'il n'y a, vis-à-vis d'eux, qu'à se poser une question: la condition *sine quâ non* de leur libération est-elle ou non réalisée?

Une pareille doctrine serait évidemment inacceptable, parce qu'elle aurait pour résultat de placer les tiers dans une situation plus désavantageuse que le mari: tandis, en effet, que le mari peut se décharger en prouvant qu'il a agi en bon père de famille, les tiers ne le pourraient pas, même en faisant cette preuve; or, les tiers, n'étant pas intéressés à la dot, doivent évidemment être mieux traités que le mari et par conséquent avoir un moindre degré de responsabilité que lui, en ne répondant que de leur faute lourde au lieu de leur faute légère.

Ce sera aux tribunaux à rechercher si les tiers ont

obéi aux mesures de prudence que leur responsabilité leur faisait un devoir de prendre.

Toutefois, il est un point sur lequel nous ne pouvons adopter la manière de voir de M. Bénech ; cet auteur pense (p. 152), qu'à défaut d'acceptation de l'emploi ou du remploi par la femme, les tiers sont néanmoins valablement libérés, si l'acquisition est suffisante pour répondre de la valeur de la dot. Quand on admet : 1° que l'acceptation de la femme est une condition essentielle de l'emploi et du remploi; 2° que l'emploi ou le remploi est la condition *sine quâ non* de la libération des tiers ; il faut être logique et dire : s'il y a un remploi *accepté*, les tiers ne peuvent pas être recherchés du tout, pourvu qu'ils n'aient pas une trop grande négligence à se reprocher ; s'il y a un remploi *non accepté*, les tiers peuvent être recherchés quand même, en réalité, l'immeuble est suffisant pour répondre de la dot. Le remploi est un ; il est tout à fait inadmissible qu'il soit soumis à des conditions diverses, suivant qu'on l'envisage au regard du mari ou au regard des tiers (Rodière et Pont, édition 1847. Tome II, n° 422).

Notre opinion diffère donc de celle de M. Bénech, en ce que nous ne faisons bénéficier les tiers de la théorie des fautes que s'il s'agit de l'inefficacité ou de l'insuffisance du remploi *accepté par la femme*, tandis que le savant auteur les en fait bénéficier, même quand il s'agit de l'inefficacité ou de l'insuffisance d'un emploi ou remploi *non accepté par elle*.

*Quand la responsabilité des tiers cesse-t-elle ?*

Il est des cas où les tiers sont affranchis de toute

responsabilité; il en est ainsi : 1° lorsque le contrat de mariage les dispense de l'obligation de surveiller l'emploi et le remploi;

2° Quand, dans le contrat de mariage, la femme a déterminé elle-même le mode de l'emploi ou du remploi; cependant, une précision est à faire, sur ce dernier point; les tiers ne seront pas garants de l'éviction ou de l'insuffisance de valeur de l'immeuble, lorsque *l'utilité de l'emploi n'est pas subordonnée au mode d'exécution;* ils sont responsables dans le cas inverse. Nous nous expliquons : supposons que la femme ait autorisé le mari à aliéner l'immeuble dotal à la charge d'en employer le prix à acquitter certaines dettes qu'elle détermine. Il n'y a qu'une manière possible d'acquitter une dette, c'est de vider ses mains dans celle du créancier. Si donc, plus tard, la femme découvre qu'elle ne devait rien à celui dont elle se croyait à tort débitrice, pourra-t-elle dire à l'acquéreur de son immeuble dotal : l'emploi du prix de mon fonds est inutile, puisqu'il ne me procure ni l'acquisition d'un droit, ni l'extinction d'une dette que je n'avais pas; rendez-moi mon immeuble ? Non, l'acquéreur lui répondrait infailliblement : je ne suis pas en faute d'avoir payé, puisque, ce faisant, j'ai exécuté vos ordres; c'est vous qui avez eu le tort de me déléguer à une personne dont vous auriez dû vérifier les titres, avant de vous constituer sa débitrice; donc, je ne suis pas responsable de ce qui arrive. L'acquéreur aurait raison; car, l'inutilité de l'emploi dérive de l'imprudence de la femme et non du mode d'exécution de l'emploi.

Supposons maintenant que la femme donne au mari l'autorisation d'aliéner l'immeuble dotal, à la condition

d'employer le prix de vente à *l'acquêt des droits successifs paternels revenant aux frères et sœurs dudit futur époux*. L'acquéreur veille, en effet, à l'exécution de cet emploi. Mais voilà que, lors de la séparation de biens, les immeubles successifs sont encore indivis et, de plus, grevés d'une hypothèque légale ; ils ne constituent pas un remploi suffisant. Sans doute, vous ne pouviez pas vous soustraire à l'acquisition que je vous imposais dans mon contrat de mariage ; mais vous deviez, en la faisant, prendre les mesures que la prudence la plus vulgaire commande à tout acquéreur, vous deviez provoquer le partage et purger l'hypothèque. Vous ne l'avez point fait, vous êtes responsable ; restituez-moi mon immeuble ? La femme devrait, cette fois, être écoutée dans ses prétentions ; car, l'utilité d'un emploi de cette nature est subordonnée au mode d'exécution, c'est-à-dire à la purge des hypothèques, à la consommation du partage, et que ces mesures rentrent éminemment dans les devoirs de l'acquéreur du fonds dotal. C'est ainsi que, dans l'espèce que nous avons prise pour exemple, la Cour de Montpellier, jugeant l'acquéreur coupable d'omission, l'évinça de l'immeuble dotal (25 juillet 1836, confirmé par Cassation. D., 1840, 1, 225).

M. Duranton (T. xv, p. 57) exonère, dans tous les cas, les tiers de responsabilité. C'est aller, à notre avis, beaucoup trop loin et mal interpréter l'intention de la femme qui entend bien prendre à sa charge un remploi dont l'inefficacité n'est due qu'à sa faute, mais qui ne peut vouloir être victime de l'imprudence des tiers.

En résumé, les tiers sont affranchis de toute responsabilité quand le contrat de mariage détermine le mode

BIBLIOTHEQUE DE UT1 SCIENCES JUR. - GARRIGOU

d'emploi, pourvu que son exécution ne soit pas susceptible d'influer sur son utilité (Bénech, pp. 257 à 262).

Le versement des deniers dotaux à la caisse des dépôts et consignations, en vertu d'un jugement déclarant bonnes et valables les offres réelles, fait-il cesser l'obligation de surveiller qui incombe aux tiers ?

M. Bénech est pour l'affirmative. Il applique à notre matière la loi du 18-29 décembre 1790, relative au rachat des rentes foncières de la femme, et dont le mari ne pouvait toucher le prix qu'à charge de remploi. Or, il est dit dans l'art. 4 de cette loi : « Le redevable *qui ne voudra point demeurer garant du remploi*, pourra consigner le prix du rachat, lequel ne sera délivré aux personnes qui sont assujetties au remploi, qu'en vertu d'une ordonnance de juge, rendue sur les conclusions du commissaire du roi, auquel il sera justifié du remploi. » M. Bénech pense que la perte de la responsabilité des débiteurs de la dot et de l'acquéreur du bien dotal sera compensée, pour la femme, par la surveillance qu'exercera le juge sur l'emploi dont le mari devra justifier (P. 149. Aix, 20 juin 1834. S., 34, 2, 436).

Mais cette surveillance, que vous la mettiez du reste à la charge du juge ou de la caisse des dépôts et consignations, n'est-elle pas bien plutôt théorique que pratique? Pensez-vous que la diversité et l'étendue de ses fonctions permettent au juge, que la multiplicité des opérations auxquelles elle se livre permette à la caisse d'apporter au contrôle de l'emploi les mêmes soins, les mêmes scrupules que le débiteur, l'acquéreur directement intéressés à couvrir leur responsabilité ? Ne craignez-vous pas, dès lors, que de pareils procédés

n'apportent un grand préjudice à la femme? Ce côté pratique n'a pas échappé aux Cours de Bordeaux et de Nîmes qui (4 février 1830. S., 30, 2, 129; 11 juin 1856. S., 57, 2, 172), se sont refusées à exonérer les tiers de leur responsabilité.

Et la Cour suprême, voyant les choses de plus haut, était amenée à la même solution par des considérations purement juridiques. Deux obligations, dit-elle, incombent aux débiteurs de deniers dotaux : 1° l'obligation de payer le prix; 2° celle de surveiller le remploi. Or, les offres réelles suivies de consignation et déclarées valables et suffisantes, les libèrent de la première, mais la deuxième subsiste. Sans doute, aux termes de l'art. 1257, les offres suivies de consignation et valablement faites, tiennent lieu de paiement et sembleraient, par suite, devoir éteindre l'obligation de surveiller l'emploi qui est corrélative au paiement. Néanmoins, il n'en est rien. Car, pour être corrélative au paiement, cette obligation n'en a pas moins sa nature spéciale; le paiement directement fait au mari ne libère pas les tiers de cette obligation; pourquoi donc le paiement fait à la caisse les libérerait-elle ? Donc, indépendamment du paiement, les tiers doivent surveiller l'emploi, de manière que la conservation de la dot soit pleinement assurée (Cass., 12 mai 1857. S., 57, 1, 580).

Le vendeur de l'immeuble destiné à servir de remploi, est-il responsable de l'inutilité de ce remploi; par exemple, de l'éventualité d'éviction résultant du privilège du vendeur qui grève le fonds? L'espèce s'est présentée devant la Cour d'Aix, en 1879. Une femme avait acheté, en remploi du prix de son immeuble dotal,

un immeuble de valeur supérieure à ce prix ; le vendeur, impayé pour partie, pratique une saisie sur l'immeuble, dans le but d'exercer son privilège. La femme, voulant éviter la perte du prix de son immeuble dotal (elle n'avait pas d'action révocatoire contre son acquéreur, parce qu'elle l'avait exempté de responsabilité) demande la nullité de son acquisition. La question de savoir si le vendeur était responsable de l'inutilité de l'emploi se posa alors. Résolue affirmativement par la Cour d'Aix (3 décembre 1879. S., 81, 2, 11), la Cour de Nîmes, sur renvoi, se prononça pour la négative (11 janvier 1882. S., 82, 2, 137).

La vérité est, selon nous, dans ce dernier sens. En effet, la femme, sous le régime dotal, est pleinement capable d'acquérir ; la loi ne subordonne pas la validité de son acquisition, à la condition qu'elle paiera comptant avec ses propres deniers et non des deniers empruntés, le montant du prix, pour se mettre ainsi à l'abri du privilège de l'art. 2013-1° et 2°. Par conséquent, le vendeur n'a pas à rechercher si une partie des deniers payés provient d'un emprunt ou si la femme possède des ressources suffisantes pour pouvoir payer l'intégrité du prix d'acquisition. Dès lors, à quel titre le vendeur serait-il responsable de l'inutilité de l'emploi ?

Donc, le vendeur de l'immeuble destiné à servir de remploi n'est point responsable de son inutilité ; en conséquence, la femme ne peut ni demander la nullité de l'acquisition, ni prélever le montant de son prix sur le prix d'adjudication de cet immeuble.

III. *Obligations de la femme séparée de biens.* —

La femme qui a recouvré, par la séparation de biens, tous ses pouvoirs sur la dot, ne peut recevoir cette dot ou aliéner l'immeuble dotal, que sous les mêmes conditions que le mari lui-même. Donc, si le *contrat de mariage* soumet l'exigibilité de la dot à la condition d'emploi, le pouvoir d'aliéner l'immeuble dotal à celle de remploi, elle est, tout comme le mari, obligée de s'y soumettre.

Une question qui divise les auteurs, est celle de savoir si la femme séparée de biens est tenue d'employer sa dot mobilière ou le prix de son immeuble aliéné, lorsque le contrat de mariage ne soumet pas le mari à cette condition? Des considérations sérieuses militent en faveur de l'affirmative. On peut invoquer pour elle la tradition des pays de Droit écrit (Salviat. *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, V° *dot*, n°s 390 et 391. — Lapeyrère, ibidem, Lettre R, n° 35. Catelan, *Jurisprudence du Parlement de Toulouse*. Livre IV, chap. 26) et de Droit coutumier (Pothier, Puissance du mari. T. VI, p. 8) où la femme séparée de biens était, dans la situation que nous examinons, soumise à la condition d'emploi. On peut ajouter que la dot perdant, par suite de la séparation de biens, la garantie de l'hypothèque légale, l'intérêt de la famille demande que cette garantie soit remplacée par une autre, le remploi. On peut alléguer enfin, que le système contraire ferait courir grand risque au principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, en laissant à la femme le pouvoir de la dissiper.

Aussi ne sommes-nous pas étonné que ce courant de motifs ait entraîné dans ce sens quelques Cours d'appel (Bordeaux, 2 août 1813. S., 15, 2, 106. Montpellier,

24 mai 1823. S., 24, 2, 318. Idem, 29 novembre 1831. S., 32, 2, 471. Limoges, 14 juillet 1847. S., 47, 2, 625. Agen, 9 février 1849. S., 49, 2, 222).

Il faut en convenir, ce sont plutôt là des arguments de législation que des arguments de droit. Et si, se détournant du domaine de la critique, on entre exclusivement dans celui de la loi existante, il est bien difficile de ne pas donner ses préférences au système qui exempte la femme de la condition d'emploi. Le mari peut, comme administrateur des biens dotaux, recevoir et le remboursement des capitaux et le prix d'aliénation de l'immeuble dotal, sans être tenu de faire remploi, s'il n'y a pas été assujetti par le contrat de mariage. Or, par l'effet de la séparation de biens, les pouvoirs sur la dot passent tels quels, de la tête du mari sur celle de la femme; comment donc la femme pourrait-elle être assujettie au remploi, quand le mari n'y était point soumis? La dot privée de l'hypothèque n'a plus de garantie désormais, c'est vrai; mais en est-il besoin lorsque la femme, devenant maîtresse d'elle-même, échappe à la pression maritale contre les effets de laquelle l'hypothèque légale avait surtout pour but de la protéger?

Alors c'en est fait du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière! s'écrie-t-on. Tout en le regrettant, il faut avouer qu'il y a dans la loi une lacune qui met ce principe en péril. Il appartenait aux parties de la combler, en insérant une clause d'emploi dans le contrat de mariage; elles ne l'ont pas fait, l'interprète de la loi ne le peut pas pour elles. Aussi ne faut-il point s'étonner que tous les efforts des Cours d'appel tendant à ressusciter la jurisprudence des anciens parlements,

aient impitoyablement échoué devant la Cour suprême qui a pour mission d'appliquer la loi comme le juge, mais non pas de la corriger, comme le prêteur ! (Cass., 25 janvier 1826. S., 26, 1, 463. Civ. rej., 21 mai 1867. S., 68, 1, 453. Req. rej., 26 juillet 1869. S., 70, 1, 17).

Il est curieux de constater que le plus grand nombre des Cours qui avaient voulu rester fidèles à la tradition, sont revenues sur leur jurisprudence (Voyez : Bordeaux, 19 juin 1834. S., 34, 2, 661. Limoges, 16 décembre 1848. S., 49, 2, 342. Agen, décembre 1851. S., 52, 2, 116).

## Section II

### *Sanction des obligations résultant de la clause d'emploi et de remploi.*

Après avoir déterminé les obligations qui résultent de la clause d'emploi ou de remploi, il convient d'examiner la sanction qui les protège, les dangers auxquels s'exposent : 1° le mari, en n'effectuant pas l'emploi ou le remploi, ou en ne les effectuant que d'une manière défectueuse ; 2° les tiers, en ne veillant pas à ce qu'ils soient effectués ou qu'ils le soient d'une manière suffisante.

Nous nous occuperons de la sanction des obligations qui résultent : 1° de la clause d'emploi ; 2° de la clause de remploi.

**§ 1. — Sanction des obligations qui résultent de la clause d'emploi.**

A défaut, en cas d'insuffisance ou d'inutilité de l'emploi, la femme a deux actions : 1° une action contre le mari ; 2° une action contre les tiers (Civ. 9 juin 1841. S., 1841. 1. 468. Req. 1er février 1859. D., 59. 1. 266. Paris, 2 janvier 1858. S., 1858. 2. 499).

I. — *Action de la femme contre le mari.* — Après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, le mari « peut être contraint, dit l'art. 1564, de restituer les sommes dotales ; » telle est la source de l'action qui lui appartient contre son mari, à défaut ou en cas d'insuffisance d'emploi.

Quel est l'objet de cette action ? Cette action a pour objet : 1° le montant des sommes dotales perçues par le mari ; 2° la somme représentant la plus-value que l'immeuble acquis en remploi eût gagnée, si cet emploi avait été réalisé (Req. 27 mai 1861. D., 1861. 1. 335. Toulouse, 5 février 1870. D., 1872. 2. 54).

Pour les autres détails concernant cette action, nous renvoyons à ce que nous en dirons au sujet du remploi.

II. — *Action contre les tiers.* — Par cette action, la femme peut contraindre ses débiteurs à la payer une deuxième fois.

Cette action a son fondement dans la combinaison des art. 1239, 1241, 1989 et 1998. Il résulte de ces articles que le paiement n'est libératoire que s'il est fait au créancier ou à son *fondé de pouvoirs capable de le recevoir*. Or, le paiement fait au mari, à défaut d'emploi, est fait à un incapable de recevoir, puisque

la réalisation de cet emploi était la condition sans laquelle le mari ne pouvait donner quittance.

Donc ce paiement n'est pas libératoire, de là, pour la femme, le droit d'exiger de ses débiteurs, une deuxième fois le montant de la créance dotale.

Quand l'emploi n'est que partiel, la femme peut-elle réclamer à son débiteur le montant de toute la créance, ou l'excédant de la dot sur la somme employée ?

Nous distinguons : la femme a-t-elle accepté cet emploi, le paiement fait par le débiteur au mari est valable jusqu'à concurrence de la somme employée : elle ne peut réclamer que l'excédant de la dot sur cette somme. On ne peut pas objecter que le débiteur est définitivement libéré par l'acceptation de la femme, car nous avons dit que la femme n'est liée par l'acceptation que si l'emploi est suffisant ; *secùs* on aboutirait à lui permettre d'aliéner indirectement sa dot pendant le mariage, ce qui n'est pas possible.

La femme n'a-t-elle pas accepté cet emploi, elle peut réclamer à son débiteur le montant total de la dot, parce que l'emploi accepté par la femme est seul valable et forme la condition *sine quâ non* de la libération des débiteurs de la dot.

MM. Rodière et Pont (2e édit. T. III, n° 1709) n'accordent à la femme, dans les deux cas, que le droit de demander l'excédant de sa dot sur la somme employée ; cela vient de ce que ces auteurs ne comptent pas l'acceptation au nombre des conditions de l'emploi, système que nous avons repoussé.

Nous sommes de leur avis en ce que les débiteurs seraient irresponsables « si le chiffre de l'acquisition avait été grossi, afin de faciliter au mari les moyens

de s'approprier l'excédant « *sans qu'ils aient pu se douter de cette fraude* ; » dans ce cas le vendeur, complice de la fraude du mari, pourrait être actionné par la femme.

Le recours de la femme contre les débiteurs est-il principal ou subsidiaire ? c'est-à-dire est-elle ou non obligée de discuter les biens du mari avant de pouvoir s'adresser à eux ?

Nos anciens auteurs (Salviat, V° Dot, 1, 408. Lapeyrère, lettre C), se laissant guider par l'équité, ne considéraient le recours de la femme que comme subsidiaire.

La majorité des auteurs modernes partage le même sentiment (Benoit, de la Dot, 1, 112. Toullier, XIV, n° 154).

Il serait équitable, en effet, qu'il en fût ainsi ; car il est juste que le mari, qui est le premier coupable, puisqu'il a dissipé les sommes dotales, fût aussi le premier puni. Mais la rigueur des principes nous fait penser que ce recours est principal. La femme, c'est certain, peut actionner ses débiteurs tant qu'ils n'ont pas fait un paiement libératoire. Or, dans l'hypothèse d'une clause d'emploi, le paiement n'est libératoire que lorsque l'emploi a été réalisé. Donc, les débiteurs, tant qu'ils n'ont pas satisfait à cette condition, demeurent exposés à l'action directe de la femme.

Dans le cas de perte, détérioration de l'immeuble, survenus par cas fortuit ou par le fait, la négligence du mari, les débiteurs peuvent-ils être contraints à payer une seconde fois, lorsque, d'ailleurs, le mari est insolvable à l'époque de la restitution de la dot et que la femme n'a pas accepté l'emploi ?

M. Bénech (n° 62), partant de ce principe que les débiteurs de la dot sont valablement libérés lorsque l'emploi était utile, au moment où ils ont payé, ne les assujettit au recours de la femme que dans l'hypothèse inverse ; c'est alors seulement que leur responsabilité demeure engagée après le paiement (Conf. Aubry et Rau. Loc. Cit. p. 583, not. 97. Req. 2 août 1853. S., 1855. 1. 209).

Fidèle à cette règle de logique qui ne permet point de repousser les conséquences des principes qu'on adopte, nous ne pouvons approuver cette opinion. D'après M. Bénech lui-même, les débiteurs ne sont libérés que s'il y a emploi, et l'emploi n'existe que si la femme a accepté ; nous sommes donc obligé de conclure que l'acquisition fût-elle avantageuse au moment du paiement, il suffit que la femme n'eût point accepté pour que les débiteurs demeurent responsables et soient passibles de son recours.

### § 2. — Sanction des obligations qui découlent de la clause de remploi.

Si le remploi, prescrit par le contrat de mariage n'a pas été effectué (Req. 9 novembre 1826. S., 27, 1, 14. Agen, 28 mars 1832. S., 32, 2, 288. Req. Rej. 12 décembre 1833. S., 34, 1, 201) ; s'il ne l'a été que d'une manière soit inutile, soit insuffisante, ou en l'absence des conditions requises par la loi. (Civ. rej. 12 mai 1840. S., 40, 1, 668. Caen, 3 décembre 1846. S., 48, 2, 133. Bordeaux, 1er décembre 1847. S., 48, 2, 384. Limoges, 14 janvier 1862. S., 62, 2, 344) ; la femme a,

dans l'intérêt de sa dot, deux actions : 1° une action contre les tiers ; 2° une action contre son mari.

Nous nous occuperons successivement : 1° de l'action contre les tiers ; 2° de l'action contre le mari.

I. — *Action contre les tiers.* — Le principe de cette action contre les tiers est dans la faute qu'ils ont à s'imputer, soit de n'avoir pas exigé, avant de payer, un remploi ; soit de s'être contentés d'un remploi défectueux. Personne ne la refuse à la femme, mais une première difficulté s'élève, tout d'abord, sur la nature de cette action.

Est-ce une action *en révocation* de la vente de l'immeuble dotal? Est-ce simplement une action en *résolution* de cette vente pour défaut absolu de paiement du prix, ou pour défaut de paiement libératoire?

Tel est le premier point que nous avons à résoudre. La divergence des auteurs et des arrêts vient de la manière dont ils ont envisagé le remploi. Les uns le considèrent comme ayant pour but unique *d'empêcher la dilapidation* du prix de vente. (Rodière et Pont, III, N° 1844. — Grenoble, 16 août 1832. S., 33, 2, 559, et 17 décembre 1835. S., 36, 2, 307). Les autres le considèrent comme ayant pour but de *conserver à la dot immobilière son caractère immobilier*. (Bénech, n° 77, p. 179. Aubry et Rau, T. v, p. 581; note 87.)

Pour les premiers, le remploi est la condition *sine quâ non* de la libération de l'acquéreur du bien dotal. Aussi, le moment venu d'agir, donnent-ils à l'acquéreur le droit de payer son prix, s'il ne l'a déjà payé au mari, de le payer une deuxième fois — le premier paiement n'étant pas libératoire — s'il a eu l'imprudence de

vider ses mains dans celles du mari. Enfin, si la femme n'obtient pas satisfaction, elle peut demander, non pas la nullité, mais la *résolution* de la vente de l'immeuble dotal, pour cause de non-paiement du prix (article 1654).

Pour les seconds, le remploi est la condition *sine quâ non* de la vente de l'immeuble dotal; aussi, le moment venu, donnent-ils à la femme le droit de demander, contre l'acquéreur, la révocation de la vente de l'immeuble dotal. La vente de l'immeuble dotal, dira-t-elle, faite en dehors du cas où elle était permise par le contrat de mariage, doit être révoquée, aux termes de l'art. 1560. Or, mon mari vous a vendu ledit immeuble en dehors du cas où son aliénation était permise par le contrat de mariage, puisqu'il n'a effectué aucun remploi. Donc, la vente est révoquée, rendez-moi mon immeuble.

En résumé, les uns accordent à la femme l'action en résolution du prix, fondée sur l'art. 1654; les autres l'action en révocation de la vente de l'immeuble dotal, basée sur l'art. 1560.

Le rapprochement de ces deux actions en fait déjà percevoir toute les différences. — Nous signalons les principales seulement : 1° La conservation de l'action *résolutoire* est subordonnée à l'accomplissement des formalités prévues par les art. 6 et 7 combinés avec l'arcle 8 de la loi du 23 mars 1855. La conservation de l'action révocatoire de l'art. 1560 se produit sans ces formalités.

2° L'acquéreur pourra repousser l'action résolutoire de l'art. 1654 par l'offre du prix de vente, la preuve que le prix de vente a été placé par le mari en mains

sûres, etc.; toutes ces fins de non-recevoir ne pourront, au contraire, mettre en échec l'action révocatoire de l'art. 1560.

Et maintenant où est la vérité ?

La femme a-t-elle contre l'acquéreur de son immeuble l'action en résolution ou l'action révocatoire?

C'est bien l'action révocatoire qu'il faut accorder à la femme.

C'est partir, en effet, d'un faux point de vue, d'une idée inexacte, comme le disent fort bien MM. Aubry et Rau (T. v, p. 581, note 87), que de supposer que le remploi de *sa nature*, n'a d'autre objet que d'empêcher la dilapidation du prix de vente, que de supposer qu'il est seulement une condition de la validité du paiement.

Ce système est la négation même du remploi, puisqu'il enlève à cette clause de sûreté le seul caractère qui l'*individualise*, le distingue des autres sûretés de droit commun, telles que l'hypothèque, le cautionnement, etc., à savoir : *la propriété de conserver à la dot immobilière son caractère immobilier*. C'est la négation de cette sûreté *spéciale* qu'on appelle le *remploi*, puisque toute mesure qui répondra du salut du prix (l'hypothèque, le cautionnement, le dépôt en mains sûres, l'antichrèse, etc., etc.), devra être considérée comme l'accomplissement du remploi. Mais alors, le remploi sera l'hypothèque, le cautionnement, tout en un mot, excepté lui-même ? Ce système est inexact : d'abord parce qu'il est la négation du remploi; ensuite parce qu'il est en révolte contre l'intention des parties. Elles avaient, au moment de contracter, étalé sous leurs yeux, l'ensemble de tous les types de sûretés que l'invention a produites; en choissant le

remploi, elles ont repoussé toutes les autres, et c'est précisément celles-là que vous leur offrez ! c'est inadmissible.

En vérité, on est stupéfié de lire au n° 1844 du T. III de l'ouvrage de MM. Rodière et Pont, que le remploi est une condition de la validité du paiement, lorsque quelques pages plus haut (n° 1838), nous lisons .... « La dot, il est vrai, était aliénable, *mais à une condition, celle du remploi... cette condition venant à manquer, le principe de l'inaliénabilité n'a pas cessé de la protéger.* » Qu'est-ce que cela veut dire, sinon que la femme peut demander la nullité, la révocation de la vente de son immeuble dotal aliéné, sans remploi ? Nous ne saurions trouver de meilleure conclusion ni de plus puissante autorité, que ces lignes de MM. Rodière et Pont, les préconisateurs mêmes du système que nous repoussons.

*Qui peut intenter l'action révocatoire ?*

1° La femme. Le peut-elle, lorsqu'elle a concouru à l'aliénation qui n'a pas été suivie de remploi ? Oui, car on ne peut dire qu'elle excipe de sa faute pour poursuivre l'acquéreur, puisque la charge de remploi incombait à son mari et non pas à elle-même. (Bordeaux, 17 décembre 1841. D., 1842, 2, 239.)

*Quid ?* lorsque la femme a elle-même vendu le fonds dotal, avec l'autorisation du mari, sans opérer le remploi que le contrat de mariage mettait à sa charge ? La même solution s'impose ; en n'effectuant pas le remploi, elle a, en effet, vendu l'immeuble dotal, en dehors du cas d'exception où cette aliénation était permise ; l'article 1560 lui accorde, dans cette hypothèse spéciale, le droit de faire révoquer l'aliénation.

La femme peut-elle intenter l'action révocatoire, lorsque le prix, soit de la vente de l'immeuble dotal, soit de l'acquisition du nouvel immeuble, ayant été dissimulé dans l'acte, la dot entière n'a pas été remployée? Oui, parce que tant qu'un remploi suffisant n'a pas été fait, on peut dire que la condition de l'aliénation n'a pas été remplie. Mais la femme peut aussi, si elle le préfère, se faire rembourser la différence soit par le mari, soit par les complices de la fraude qui seront, suivant les cas, l'acquéreur du bien dotal ou le vendeur du nouvel immeuble, tous deux coupables de n'avoir pas fait constater le véritable prix dans l'acte (Cass., 27 avril 1842. D., 1842, 1, 234. Id., 25 juillet 1842. D., 42, 1, 325).

2° Les héritiers. Ce droit leur est formellement attribué par l'art. 1560 (Aubry et Rau. T. v, p. 582, note 92. Req. rej., 25 avril 1842. S., 42, 1, 651. Cass., 27 avril 1844. D., 44, 1, 234).

Les créanciers de la femme — il s'agit de ceux dont les titres ont une date certaine antérieure au mariage, et de ceux en faveur de qui la dot a été valablement engagée pendant le mariage, conformément aux articles 1557 et 1558 — peuvent-ils intenter l'action révocatoire en vertu de l'art. 1166?

Nous ne le croyons pas. La femme, disent MM. Aubry et Rau (T. v, p. 563, note 27), *doit rester juge* de la convenance qu'il peut y avoir pour elle à ne point user de son action en nullité et à se contenter d'une indemnité. Or, ne sont-ce pas précisément ces droits dont le choix implique nécessairement une appréciation personnelle de la part de la femme, qui constituent les droits que l'art. 1166 appelle *exclusivement attachés à*

*la personne?* Dès lors, comment les créanciers de la femme pourraient-ils être admis à exercer l'action révocatoire? (*Contrà* : Bénech, n° 104, et Zachariæ, T. III, p. 579, note 12).

Le mari qui a vendu l'immeuble dotal et se refuse à effectuer le remploi, peut-il intenter l'action révocatoire durant son administration?

Non, car l'art. 1560, article exceptionnel (puisqu'il autorise, dans l'intérêt de la famille, le vendeur *garant* à attaquer la vente) doit être restreint à l'hypothèse pour laquelle il a été édicté. Or, cet article n'autorise le mari à faire révoquer l'aliénation du bien dotal que lorsque l'aliénation, nulle dès l'origine, ne peut être ratifiée pendant le mariage. Donc, il ne peut s'étendre au cas présent où il s'agit d'une aliénation qui peut être ratifiée *par le remploi*. D'ailleurs, on ne peut, de son propre et seul consentement, se soustraire à ses obligations; aussi, le mari refuserait-il péremptoirement le remploi, et pour le présent et pour l'avenir, la vente n'en tiendrait pas moins tant que cette condition est réalisable, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage (Aubry et Rau, T. v, p. 582, note 91. Bénech, n° 106. Req., 29 janvier 1822. S., 1822, 1, 270. Grenoble, 28 juillet 1865. S., 66, 2, 137).

L'acquéreur du bien dotal peut-il faire révoquer la vente de l'immeuble dotal, en cas de refus obstiné de la part du mari, de réaliser le remploi? Il aurait intérêt à se prévaloir de la nullité, par exemple, s'il avait donné de cet immeuble un prix exorbitant; mais il ne le peut, par la raison que la nullité de l'art. 1560, n'ayant pour but de protéger que la famille, est *relative*.

Quand l'action révocatoire peut-elle être intentée? — Elle peut l'être quand l'administration du mari prend fin ; c'est-à-dire après la séparation de biens.

Quelles fins de non recevoir l'acquéreur peut-il opposer à l'action révocatoire? — La réponse à cette question est le corollaire de ce que nous avons dit sous la rubrique : quand l'emploi et le remploi peuvent-ils être faits?

*Quid ?* de l'offre de payer le prix? Cette fin de non recevoir est valable après la séparation de biens, parce que le remploi est encore possible après cet événement (Grenoble, 30 juin 1825. S., 1827, 1, 246. Caen, 30 avril 1849, D., 52, 2, 194. Bordeaux, 21 août 1848. D., 49, 2, 41. Paris, 26 février 1868. S., 68, 2, 73).

Nous avons déjà critiqué l'opinion de M. Bénech qui, tout en reconnaissant à la femme séparée de biens le pouvoir de faire remploi, ne reconnaît cependant pas aux tiers, le droit d'arrêter l'action révocatoire par une offre de paiement, opinion admise par des arrêts nombreux (Toulouse, 22 décembre 1834. S., 35, 2, 196 et 14 juillet 1852. D., 53, 2, 11. Limoges, 21 août 1840. S., 41, 2, 56. Lyon, 24 mars 1847. D., 48, 2, 103).

Est-elle valable après la dissolution du mariage? Oui ou non, suivant qu'on admet ou qu'on n'admet pas la possibilité du remploi à cette époque. C'est la négative qui se déduit nécessairement de ce que nous avons dit plus haut.

Mais à quelque système qu'on donne ses préférences, il est un point qui ne souffre aucun doute; lorsque le contrat de mariage laisse au mari le choix entre le

remploi de la dot en immeuble et sa reconnaissance sur ses biens personnels, l'acquéreur peut repousser l'action révocatoire par des offres de paiement; car le choix qu'offre la femme au mari prouve qu'elle a voulu se contenter d'une reprise mobilière. Elle n'a donc aucun motif pour refuser le paiement qui lui est offert (Pau, 26 février 1868. S., 68, 2, 73. Bénech, p. 223).

*Quid?* de la discussion préalable des biens du mari? L'acquéreur ne peut pas l'opposer à la femme. Car la condition sous laquelle l'immeuble dotal était aliénable n'ayant pas été réalisée, elle a le droit, de par l'art. 1560, de faire révoquer l'aliénation de son bien dotal. Or, comme *qui actionem habet ad rem vindicandam rem ipsam habere videtur*, ce serait véritablement l'exproprier que de vouloir la forcer à échanger sa dot immobilière contre une dot mobilière, ce qui est inadmissible (Riom, 26 juin 1839. S., 40, 2, 165. Lyon, 25 novembre 1842. S., 43, 2, 418).

L'acquéreur peut-il opposer à l'action révocatoire la prescription qui se serait accomplie à son profit? Non, parce qu'il ne peut pas s'en prévaloir. En effet, la prescription est un mode d'acquisition, puisqu'elle rend propriétaire. Mais les tiers ne peuvent acquérir l'immeuble dotal, en notre espèce, que si le remploi est accompli, puisque le remploi est la condition *sine quâ non* de l'aliénabilité de l'immeuble dotal; donc ils ne peuvent pas acquérir l'immeuble dotal par prescription (Montpellier, 27 décembre 1855. S., 57, 1, 779. Aubry et Rau, T. v, p. 574, note 58. Rodière et Pont, II, n° 1889).

*Contre qui l'action révocatoire peut-elle être intentée?*

Tout récemment, la Cour de Nîmes statuait sur une espèce intéressante qui faisait l'objet d'un renvoi de la Cour de Cassation. Dans son contrat de mariage, une femme, mariée sous le régime dotal, déclarait aliénable, à charge de remploi, une rente sur l'Etat qu'elle se constituait en dot; par une clause spéciale de son contrat de mariage, elle exonérait l'acquéreur de cette rente dotale, de toute responsabilité touchant la suffisance et l'utilité du remploi. Dans la suite, le mari aliène la rente; la femme, avec le prix de vente, achète un immeuble en remploi; mais, comme cet immeuble était d'une valeur supérieure au montant de la rente, elle demeure débitrice d'une partie du prix. Ne pouvant obtenir le paiement de ce reliquat du prix, le vendeur exerce son privilège (2103-1°), et pratique une saisie sur l'immeuble. La femme riposte en intentant contre son vendeur une action en nullité de la vente, le rendant garant de la suffisance et de l'utilité du remploi et par conséquent responsable d'avoir vendu un immeuble grevé du privilège du vendeur.

*Question.* — Le vendeur d'un immeuble acquis par la femme, en remploi de son bien dotal, est-il garant de l'utilité ou de la suffisance de ce remploi; et par voie de conséquence, la femme peut-elle demander la nullité de l'acquisition par elle faite, en remploi de son bien dotal aliéné, lorsque ce remploi est fait dans de mauvaises conditions?

Le tribunal de Digne et la Cour d'Aix (3 décembre 1879. S., 81, 2, 11) avaient admis l'affirmative. La Cour de Cassation (14 juin 1881. S., 82, 1, 97) s'est prononcée

pour la négative. Enfin, sur arrêt de renvoi, la Cour de Nîmes s'est conformée à cette dernière jurisprudence.

Que disait-on en faveur de chacun de ces systèmes? Examinons-le rapidement.

*Affirmative.* — Le contrat d'aliénation de l'immeuble dotal et le contrat d'acquisition à titre de remploi sont unis entre eux par une connexité intime, parce que l'un est la cause de l'autre. Or, lorsque le remploi n'est pas suffisant, le contrat d'aliénation est annulable, en vertu des art. 1554 et 1560, parce que la condition *sine quâ non* de l'aliénabilité du fonds dotal n'a pas été réalisée; et le contrat d'acquisition est lui-même annulable, non pas *immédiatement*, en vertu des art. 1554 et 1560 combinés, mais *médiatement* comme suite d'un contrat annulable.

Conséquence : La femme dotale peut faire annuler : 1° l'aliénation de son immeuble dotal; 2° l'acquisition à titre de remploi. Sans doute, dans l'espèce, le tiers acquéreur est déchargé de toute responsabilité quant à l'utilité, la suffisance du remploi. Mais que s'ensuit-il? Seulement ceci, à savoir, que la femme ne peut pas faire annuler l'aliénation de son immeuble dotal; mais la renonciation de la femme au droit de faire révoquer l'aliénation de son immeuble dotal n'implique en rien sa renonciation au droit de faire annuler l'acquisition à titre de remploi.

*Négative.* — Le système précédent peut être ingénieux, mais il est absolument arbitraire, en ce qu'il fait peser sur le vendeur de l'immeuble, objet du remploi, une responsabilité qu'aucun texte de loi ne met à sa charge.

Il se base sur les art. 1554 et 1560. Mais ces articles prononçant une sanction rigoureuse, doivent être strictement limités, dans leur application, aux cas spéciaux qu'ils prévoient. Or, ils prévoient *uniquement* le cas de l'aliénation des immeubles dotaux faite en dehors des cas exceptionnels où cette aliénation est permise. Donc, la sanction rigoureuse, c'est-à-dire la nullité de l'aliénation, ne saurait être étendue à la vente d'immeubles qui n'avaient aucun caractère de dotalité au moment où ils ont été vendus, par suite aux immeubles acquis en remploi.

En second lieu, la sanction de l'art. 1560 répond à une infraction ; l'immeuble dotal est repris à l'acquéreur, parce qu'il est en faute de l'avoir acheté à une femme qui ne pouvait pas le vendre. Mais le vendeur dont il s'agit, n'a commis aucune faute en vendant à la femme dotale, parce que la femme dotale peut acquérir. Dès lors, quel est le point d'appui de la sanction dont on voudrait frapper ce vendeur? Pourquoi le forcer à reprendre l'immeuble dont il s'est valablement défait?

Enfin, comme le fait observer M. J. Lacointa, dans un savant commentaire de l'arrêt de la Cour de Nîmes, lorsque par suite de circonstances de fait, le recours en garantie de la femme contre le tiers acquéreur est insuffisant, à la rigueur pourrait-on admettre un recours subsidiaire contre celui qui a touché les deniers dotaux et en a profité, parce qu'il est possible de considérer ce recours comme une conséquence de la nullité de l'aliénation même de l'immeuble dotal ; mais sur quelle base juridique fonderait-on l'annulation du remploi lorsque, comme dans notre espèce, l'aliénation de l'immeuble dotal est inattaquable !

Nous croyons qu'il est difficile de répondre à une argumentation aussi pressante et que l'arrêt de la Cour de Nîmes fera jurisprudence.

Donc, c'est le dernier mot de la question, l'action révocatoire peut s'exercer contre l'acquéreur du fonds dotal, mais non contre le vendeur de l'immeuble qui lui a été subrogé.

*A quelles conditions la femme peut-elle intenter l'action révocatoire?* S'agit-il d'un remploi insuffisant, l'acquéreur ne peut être recherché que si les biens offerts en remploi étaient d'une valeur notoirement inférieure à la somme à remployer, au moment même de l'acquisition (Aubry et Rau, p. 583, note 98).

S'agit-il d'un remploi inutile par suite d'éviction, l'acquéreur ne pourra être recherché que si elle procède d'une cause que les précautions commandées par la prudence étaient impuissantes à faire découvrir (Aubry et Rau, 582, note 94). La perte ou la détérioration survenue par cas fortuit ne saurait, non plus, être mise à la charge de l'acquéreur.

*Quelle est l'étendue de l'action révocatoire, c'est-à-dire que doit restituer l'acquéreur du bien dotal?*

Il doit restituer : 1° le fonds dotal ; 2° les fruits perçus, parce que connaissant les vices de l'aliénation, puisqu'il a dû se faire représenter le contrat de mariage, il est par là-même possesseur de mauvaise foi (articles 549-550).

A partir de quel moment l'acquéreur doit-il restituer les fruits? A partir du jour de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage, parce que l'usufruit des biens dotaux revenant de droit à la femme, à cette époque, le mari n'a pu en disposer au profit de l'acqué-

reur que pour la durée de son administration (Cassation 25 et 27 avril 1842. D., 42, 1, 233).

Lorsque le mari a aliéné l'immeuble acquis en remploi sans en employer le prix, quel immeuble la femme peut-elle revendiquer ; son immeuble dotal primitif, ou le fonds qui lui a été subrogé, en a pris la place? Il faut distinguer : l'immeuble acquis en remploi (la femme a accepté) était-il suffisant, l'aliénation du fonds dotal est valable ; par conséquent, la femme ne peut pas revendiquer ce fonds, elle devra poursuivre celui qui en a pris la place. N'était-il pas suffisant, la vente de l'immeuble dotal n'est pas valable, parce que la condition de l'aliénation n'est pas remplie ; aussi la femme le pourra réclamer (Bénech, p. 233).

II. — *Action contre le mari.* — Cette action compète à la femme exactement dans les mêmes cas que l'action révocatoire.

Quelques auteurs, notamment MM. Grenier (des hypothèques, 1, 260), Benoît (de la dot, 1, 261), Bellot des Minières (IV, p. 164 et suiv.), ont douté que la femme pût opter pour cette action *dite action en remploi de la dot* et leur opinion a, un moment, entraîné la jurisprudence (Grenoble, 8 mars 1827. S., 27, 2, 175 et 7 avril 1840. S., 41, 2, 222. Montpellier, 17 janvier 1831. S., 31, 2, 214. Caen. 11 janvier 1831 et 5 décembre 1836. S., 37, 2, 161).

On se basait d'abord sur l'art. 1560 qui ne donne qu'un seul droit à la femme : celui de faire révoquer l'aliénation ; puis, sur le préjudice résultant, pour les créanciers du mari, de ce droit de reprise garanti par une hypothèque légale qui les primera.

A la première objection on répond que les termes de l'art. 1560 ne sont pas exclusifs de l'action en remploi, puisqu'il se borne à indiquer « par qui » et « quand » l'action révocatoire pourra être intentée.

A la seconde, on réplique qu'il n'appartient pas aux créanciers du mari, pour conserver leur rang hypothécaire, d'exciper d'une nullité relative édictée dans un intérêt de famille, auquel ils sont complètement étrangers; que d'ailleurs, rien dans la loi, ne les autorisait à compter sur cette nullité.

C'est en ce dernier sens que les auteurs et les arrêts les plus récents se décident. (Aubry et Rau. p. 563, note 27. Bénech, nos 111, 112. Rodière et Pont 111, 1874. Req. 16 novembre 1847. S., 48, 1, 25. Req. 2 mai 1855. S., 55, 1, 420. Bordeaux, 8 janvier 1851. S., 52, 2, 401).

Quand la femme peut-elle opter? Elle peut opter soit après la séparation de biens, soit après la dissolution du mariage. Pendant toute la durée de la période de la séparation de biens, l'option de la femme est provisoire; provisoire aussi la collocation par elle obtenue dans les ordres que se seraient ouverts pour la distribution du prix des biens de son mari. La femme n'est, en effet, créancière de son mari que sous la condition qu'il ne sera pas fait remploi; or, ce remploi peut se réaliser, à tout instant, jusqu'au jour de la dissolution du mariage et, par conséquent, rendre caduques et l'option et la collocation,

Cependant, la Cour de Nîmes, dans un arrêt du 9 août 1842 (D., 43. 2, 116) a jugé que l'option de la femme, durant même cette période, était définitive. Il nous est impossible d'accepter cette décision, parce

qu'elle viole ouvertement le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal pendant le mariage. L'option définitive équivaut, en effet, à la ratification de la vente et la ratification n'équivaut-elle pas à la vente pure et simple de l'immeuble dotal *pendente matrimonio ?*

Ce n'est qu'à la dissolution du mariage, lorsqu'elle est complètement dégagée de l'influence maritale, que la femme peut ratifier la vente de son fonds dotal ; aussi est-ce à cette époque seulement que son option deviendra définitive.

L'intérêt pratique de la question est au point de vue : 1° de l'acquéreur qui pourra repousser l'action révocatoire que la femme intenterait contre lui, après la dissolution du mariage, si son option pour l'action en remploi, pendant la séparation de biens, a été définitive ; 2° des créanciers du mari qui pourront exclure de la distribution des biens de celui-ci, la femme qui demanderait à être colloquée, après la dissolution du mariage, si son option pour l'action révocatoire pendant la séparation de biens a été définitive.

L'efficacité de l'action en remploi de la femme dotale est-elle garantie par l'hypothèque légale ?

On l'avait tout d'abord contesté, en se fondant sur le troisième alinéa du 2° de l'art. 2135.

L'hypothèque n'est attachée, disait-on, qu'à la créance de la femme pour le prix de *ses propres* aliénés, ce qui ne peut s'entendre que du régime de la communauté. Mais ce système venait se heurter contre les considérations suivantes : la femme dotale a une créance contre son mari pour le prix de vente de son immeuble dotal ; or, l'art. 2121, sans distinction de régimes, attache une hypothèque aux créances de la

femme mariée ; donc, la reprise de la femme dotale pour le prix de son immeuble aliéné est garantie par l'hypothèque.

Une question vraiment débattue est celle de savoir si cette hypothèque date du jour du mariage ou du jour de l'aliénation, conformément à l'alinéa cité de l'art. 2135 ?

Sans entrer dans le fond de la discussion, nous opinons pour le système qui la fait remonter au jour du mariage (Cassation, 27 juillet 1826. S., 1827. 1. 246, Cass. 26 mai 1865. S., 65. 1. 345. Riom, 16 juin 1877. D., 78. 2. 150. Nîmes, 28 janvier 1879. D., 1880. 2. 127), parce que les termes de cette disposition, la rendant étrangère au régime dotal, l'hypothèque de la femme doit dater du jour même de la créance ; or, cette créance a son fondement dans l'obligation de gérer la dot, qui découle pour le mari, des conventions matrimoniales : par conséquent, l'hypothèque de la femme doit dater du mariage (art. 2135-2°, 1er alinéa). Nous devons noter que la Cour de Caen, qui sanctionne l'opinion contraire dans son arrêt du 7 juillet 1851 (S., 52. 2. 92), est restée fidèle à sa jurisprudence (Voy. 29 nov. 1872. D., 74. 2. 107).

A quelles conditions la femme peut-elle intenter l'action en remploi contre son mari, lorsque le remploi est simplement inutile ou insuffisant ?

A la condition que cette inutilité ou insuffisance existât dès l'origine ; survenues postérieurement à l'accomplissement du remploi, elles ne seraient pas imputables au mari, si elles provenaient d'événements de force majeure ou du fait de la femme (Req. 2 août 1853. D., 54. 1. 353).

Il est bon d'ajouter que le défaut de remploi peut rendre le mari passible de dommages-intérêts. L'obligation de remploi est, en effet, une obligation de faire et doit, dès lors, selon l'art. 1142, se résoudre en une indemnité (Req. Rej. 27 mai 1861. S., 62. 1. 199).

## CHAPITRE XIII

### PREUVE DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI

Le remploi forcé, sous le régime dotal, n'existe que si les conditions que nous avons examinées en détail, ont été rigoureusement réalisées. Donc, la preuve du remploi est complexe ; elle se décompose en la preuve de l'existence :

1° De la clause d'emploi et du remploi. La preuve de l'existence de cette clause ne pourra pas être recherchée en dehors du contrat de mariage, ainsi que nous l'avons vu.

2° De la déclaration d'effectuer le remploi et de l'origine des deniers.

Nous avons dit que cette double déclaration devait, de toute nécessité, être faite *in continenti*. L'acte d'acquisition est donc la seule source où l'on puisse puiser la preuve de l'existence de cette double déclaration. Il appartient aux tribunaux d'apprécier si elle se dégage nettement des termes de l'acte d'acquisition.

Un arrêt de la chambre des Requêtes, du 17 août 1813 (D., J. G. n° 1429), a décidé que cette interprétation appartenait souverainement aux tribunaux et ne donnait point ouverture à cassation. En sens contraire, un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 11 juin 1834 (D., J. G. n° 1410), a décidé que la double déclaration n'est pas exclusive de toute autre preuve ; il s'agissait, il est vrai, du remploi des biens du mari commun en biens. Voici comment s'exprimait la Cour : « ..... attendu que cette déclaration faite dans l'acte, surtout lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'une créance, n'est pas exclusive de toute autre preuve *qu'au moment de l'acquisition nouvelle, on a entendu opérer un remploi ;* mais que cette preuve peut encore résulter de la nature du nouveau contrat, des conditions qui y ont été stipulées, du rapprochement des époques, puisque de là peut s'induire une espèce *de déclaration tacite* que ce n'est pas pour la communauté que se fait l'acquisition de cette nouvelle créance, déclaration dont la force doit être égale à celle qui aurait été faite expressément d'après le principe : *eadem est vis taciti ac expressi*, qui satisfait au vœu de la loi et met à couvert les intérêts de toutes les parties. » Il y a dans cet arrêt un mélange de vérité et d'erreur ; que la déclaration de l'acte d'acquisition puisse être tacite, c'est-à-dire qu'elle puisse se déduire, comme conséquence, de certaines clauses, certaines précisions de l'acte qui la présupposent, nous l'admettons ; mais que cette preuve puisse être recherchée complètement en dehors de l'acte d'acquisition, puisse s'induire, par exemple de la circonstance que l'acquisition a suivi de près l'aliénation du propre, c'est une opinion que les termes de l'art. 1435 nous empêchent de partager : la

double déclaration, y est-il dit, doit être faite lors de l'acquisition, c'est-à-dire *in continenti*, dans l'acte même.

La double déclaration et l'acceptation ne suffisent pas pour qu'il y ait remploi ; il faut encore que l'acquisition ait été réellement faite avec des deniers provenant de créances dotales, ou de l'aliénation du fonds dotal. Or, il peut arriver que le mari n'ait jamais reçu ces deniers, et alors l'immeuble aura véritablement été acheté avec son argent. Supposons que la femme réclame cet immeuble à son mari, comme lui appartenant, par le fait de l'emploi ou du remploi. Sera-ce au mari à prouver qu'il n'a pas reçu les deniers, sera-ce à la femme à prouver qu'il les a reçus ? La question s'est présentée devant la Cour de Metz; cette Cour jugea, avec raison, que la double déclaration contenue dans l'acte d'acquisition établissait, *contre le mari*, la présomption qu'il avait reçu ces deniers; en conséquence, elle mit à sa charge la preuve contraire. (Metz, 18 juillet 1826. D., J. G., n° 1420. Privil. et hypoth., n° 2330-3°).

3° *De l'acceptation.* La preuve de l'acceptation résultera des termes de l'acte d'acquisition, de tout acte postérieur à cette acquisition, si elle est *expresse*; si elle est *tacite*, son existence résultera de la preuve d'actes émanés de la femme et qui supposent nécessairement, chez elle, la qualité de propriétaire de l'immeuble destiné au remploi, qui supposent, par conséquent, son acceptation. (Paris, 17 mai 1851, D., 54, 5, 646. Civ. 26 juillet 1869. D., 69, 1, 455.)

En cas de contestation, qui doit faire la preuve de l'emploi ou du remploi ?

La contestation peut exister : 1° entre la femme et les tiers débiteurs de la dot ou acquéreurs du bien dotal ; la femme demande une deuxième fois le paiement de sa dot ou revendique son immeuble dotal, sous prétexte que l'emploi ou le remploi prescrit par le contrat de mariage n'a pas eu lieu ; 2° entre la femme et les créanciers personnels du mari; par exemple, c'est un créancier du mari qui pratique une saisie sur un immeuble qu'il croit appartenir à son débiteur; la femme fait opposition à la saisie, motif pris de ce que cet immeuble lui appartient comme acquis en remploi de la dot ; 3° entre la femme et le mari lui-même ; par exemple, l'épouse demande le remboursement du prix de son immeuble dotal aliéné, ou de ses capitaux dotaux dont elle prétend qu'il n'a pas été fait remploi.

Dans ces hypothèses, qui, du demandeur ou du défendeur, doit faire la preuve de l'existence du remploi ?

La question fut soumise à la Cour de Cassation, en 1821 (S., 21, 1, 406), mais elle ne fut pas résolue.

Il est de principe que le fardeau de la preuve est à la charge du demandeur « *onus probandi incumbit actori.* » Mais il est de principe aussi, que le défendeur qui oppose une exception aux prétentions du demandeur devient demandeur à son tour : « *Reus excipiendo fit actor.* » Or, le remploi est bien une exception que, suivant les cas, les tiers opposent à l'action en paiement du prix ou à l'action révocatoire ; que le mari oppose au droit de reprise de sa femme; que la femme elle-même oppose au droit de poursuite des créanciers de son mari ; donc, c'est au défendeur qu'il appartient de prouver l'existence du remploi; au défendeur, c'est-à-dire aux tiers, dans le premier cas, à la femme, dans

le second; au mari dans le troisième, avec d'autant plus de raison que le défaut de remploi est un fait négatif dont la preuve quoique possible est, en pratique, bien difficile à faire. (Bénech, pp. 150 et 230.)

Lorsque les tiers actionnés par la femme ont prouvé l'existence du remploi, ce remploi est présumé utile. Par conséquent, si une nouvelle contestation s'élève sur ce point, c'est à la femme à prouver que le remploi est inutile.

## CHAPITRE XIV

### DES CAUSES QUI FONT PERDRE A LA CLAUSE D'EMPLOI OU DE REMPLOI SA FORCE OBLIGATOIRE

Il est certains événements qui rendent à la dot, soit mobilière soit immobilière, la liberté que le contrat de mariage leur avait partiellement enlevée; de là suit, pour la femme, le droit de recevoir sa dot purement et simplement. Tels sont: la dissolution du mariage, les différents incidents énumérés dans l'art. 1558, et l'établissement d'un enfant (art. 1556), qui sont des causes légitimes d'aliénation de la dot, et les jugements passés en force de chose jugée, qui autorisent le mari et la femme de recevoir le prix ou les capitaux dotaux avec dispense d'emploi.

Il est un autre événement qui, tout en laissant la dot

indisponible, décharge néanmoins le mari de l'obligation d'emploi qui lui incombait ; c'est la séparation de biens.

Reprenons chacun de ces événements : 1° La dissolution du mariage. Dès qu'elle survient, la clause de remploi n'a plus sa raison d'être, puisqu'elle a pour but de restreindre les pouvoirs du mari sur la dot, et qu'ils sont résiliés à cette époque ; aussi, la femme et ses héritiers pourront réclamer et recevoir la dot purement et simplement.

2° Les incidents dont il est parlé dans l'art. 1558 : l'emprisonnement du mari pour cause de dettes, l'insuffisance de ressources des personnes auxquelles, pour ce fait, les art. 203, 205 et 206 accordent une pension alimentaire, l'existence de dettes ayant date certaine antérieure au mariage et qui sont à la charge de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, l'état de délabrement de l'immeuble dotal, l'état d'indivision de cet immeuble reconnu impartageable ; enfin l'établissement de l'enfant commun (art. 1556).

Quand l'aliénation de la dot est légitimée par un de ces événements, la femme peut la recevoir sans être obligée de la convertir en immeuble, selon les prescriptions du contrat de mariage ; l'emploi de la dot à la satisfaction des divers besoins que nous venons d'énumérer est, par exception, suffisant aux yeux du législateur.

Il est inutile de faire observer que le remploi de la dot en immeuble est incompatible avec l'affectation spéciale que lui donnent les art. 1556 et 1558 ; ce sont des deniers qui sont nécessaires et non pas des immeubles. Nous faisons cette précision, parce qu'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 avril 1845, D., 1845,

4e partie, a nié que la clause de remploi cessât d'être obligatoire, lorsque la femme voulait en disposer pour l'établissement de son enfant (art. 1556). Voici quel était, en substance, le raisonnement de la Cour : L'accomplissement de l'emploi doit avoir pour effet d'assurer la libération définitive des débiteurs de la femme, en garantissant à cette dernière la conservation de sa dot, par la transformation de *deniers fragiles* en un immeuble *solide*. Or, l'emploi de la dot à l'établissement de l'enfant commun n'assure pas leur libération ; en effet, si cette donation en avancement d'hoirie dépasse la quotité disponible, les cohéritiers de l'enfant pourront plus tard la faire réduire ; et si l'enfant avantagé se trouvant, à cette époque, insolvable, ne peut pas rembourser à ses cohéritiers l'excédant de la libéralité sur la quotité disponible, ce sera aux débiteurs de la dot à leur en faire compte, parce qu'ils auront eu tort de ne pas exiger l'emploi pour tout ce qui dépassait la quotité disponible. Donc, pour se mettre à l'abri du deuxième paiement d'une partie de leur dette, les débiteurs de la dot peuvent exiger le remploi de la femme, même dans l'hypothèse de l'art. 1556.

C'est là un raisonnement que nous ne pouvons admettre. En effet, la clause d'emploi ne s'applique qu'aux sommes et aux immeubles *dotaux*, *indisponibles*. Or, la loi, en vertu de sa toute puissance, permet à la femme de disposer de sa dot mobilière et immobilière, dans les cas spéciaux que nous avons énumérés. Donc ces sommes, ces immeubles ne sont plus dotaux et, n'étant plus dotaux, la clause d'emploi ou de remploi leur est inapplicable.

De plus, comment les tiers pourraient-ils être rendus

responsables de l'inefficacité de l'action en réduction des cohéritiers de l'enfant avantagé?

On ne peut les rendre responsables que d'une faute, d'une imprudence. Or, sont-ils en faute de n'avoir pas exigé le remploi pour tout ce qui dépassait la quotité disponible? Evidemment non, puisqu'il n'a pas été en leur pouvoir de connaître une quotité disponible qui ne devait et ne pouvait être fixée qu'après la mort de la femme? Enfin, que deviennent les art. 1556, 1558, si les tiers refusent de se libérer? Ils sont frappés de stérilité! La volonté de l'individu l'emportera sur celle du législateur! Cet arrêt de la Cour de Bordeaux est donc condamnable en tous points (il en est de même d'un arrêt de la Cour de Grenoble, du 4 août 1832. D., 1833, 2, 102). On doit, au contraire, approuver deux arrêts qui décident la question dans un sens absolument inverse : Rouen, 17 janvier 1843; Bordeaux, 9 janvier 1835 (D., 35, 2).

3° Les jugements passés en force de chose jugée et autorisant le mari ou la femme à recevoir le prix avec dispense de remploi (Rouen, 20 mars 1832. S., 33, 2, 302. Grenoble, 20 décembre 1833. S., ibidem. *Contrà*, Caen, 12 mars 1831. S., 33, 2, 302).

4° La séparation de biens. A la différence des autres événements que nous venons d'analyser et qui sont une cause *absolue* de caducité de la clause de remploi, la séparation de biens n'est qu'une cause *relative*; cela signifie que le mari est dispensé de l'obligation d'employer ou de remployer; mais la femme demeure soumise à cette obligation.

On s'est demandé si la clause de remploi cessait d'être obligatoire pour le mari, lorsque la dot, n'ayant

pas été payée du vivant du constituant, se trouve, à la mort de ce dernier, confondue dans la masse de sa succession qui échoit à la femme? On ne voit pas de quelle influence peut être la mort du constituant sur une clause qui était dirigée non pas contre lui, mais contre le mari survivant. Est-ce qu'il ne peut pas abuser de ses pouvoirs aussi bien après la mort du constituant qu'auparavant? Si l'abus est de nature à se produire encore, pourquoi supprimer la sûreté qui a pour but d'y mettre obstacle? (Paris, 23 mars 1844. S., 44, 2, 131).

Et l'augmentation de la fortune immobilière du mari, lui permet-elle de toucher la dot mobilière ou le prix de vente de l'immeuble dotal, sans faire remploi? Non; il appartient à la loi et au pouvoir judiciaire de rompre les liens dont le contrat de mariage enchaîne le mari; mais la volonté des époux, la prospérité même d'une fortune immobilière qui répondrait largement de la restitution de la dot, ne peuvent prévaloir contre le principe de l'immutabilité des clauses du contrat de mariage proclamé par l'art. 1395 (Bénech, n° 69, Seriziat, p. 99 et 100).

# DEUXIÈME PARTIE

## De l'emploi et du remploi prescrits par la loi et le pouvoir judiciaire.

Nous serons nécessairement très bref sur cette deuxième partie, car la plupart des règles du remploi conventionnel s'appliquent également au remploi légal et judiciaire ; aussi, pour éviter des répétitions inutiles, nous ne reviendrons que sur ceux des points déjà traités qui seraient susceptibles, en matière de remploi légal ou judiciaire, d'une solution différente de celle adoptée pour le remploi conventionnel.

## CHAPITRE PREMIER

### DES CAS DANS LESQUELS LA LOI ORDONNE L'EMPLOI OU LE REMPLOI ; DE CEUX DANS LESQUELS LES TRIBUNAUX PEUVENT L'ORDONNER.

Les cas dans lesquels la loi ordonne le remploi sont énumérés dans les art. 1558 et 1559.

1. — Lorsque le prix de l'immeuble dotal, aliéné pour une des causes mentionnées dans l'art. 1558, ne sera pas entièrement absorbé, les époux devront employer l'excédant de ce prix.

2. — Lorsque l'immeuble dotal est d'une valeur supérieure à l'immeuble acquis en contre-échange et nécessite le paiement d'une soulte de la part du copermutant, les époux devront employer le montant de cette soulte (art. 1559).

3. — L'article 4 de la loi du 18-29 décembre 1790 prescrivait au mari le remploi du prix de rachat des rentes foncières touché par lui.

Les cas dans lesquels les tribunaux peuvent ordonner le remploi de sommes dotales se déduisent, tantôt de dispositions expresses de la loi, tantôt de l'analogie.

*Tantôt de dispositions expresses de la loi.* Ainsi, l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841 délègue aux tribunaux

le pouvoir d'assurer, en ordonnant le remploi, la conservation du prix des immeubles dotaux qui seraient expropriés pour cause d'utilité publique.

*Tantôt de l'analogie.* Il est, en effet, un nombre infini de cas qui se rapprochent de ceux spécialement prévus par le danger que court, entre les mains du mari, une dot immobilière *inopinément* convertie en dot mobilière.

On s'est demandé si les tribunaux ne pouvaient pas, quant à eux, suppléer le silence de la loi et ordonner la mesure conservatrice du remploi.

Cette question n'était pas sans difficulté, à cause de la fiction de subrogation qui sert de base au remploi et qui, dès lors, paraissait lui poser pour limites infranchissables, les hypothèses spéciales où la loi le renfermait.

Cependant, un principe a paru supérieur à la règle de stricte interprétation des fictions : c'est le principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal (art. 1554). On a dit : l'immeuble dotal est inaliénable; la femme, en ne stipulant pas la clause de remploi, s'est mariée sous la foi de cette disposition protectrice; or, un événement imprévu vient, tout à coup, convertir le fonds dotal en argent; est-ce au moment où se fait sentir, pour la femme, un plus grand besoin de protection que la loi l'abandonnera?

Cela ne se peut; n'ayant pas lu dans l'avenir, elle ne pouvait prévoir le coup qui la dépossède en fondant sa terre en argent; on ne saurait donc l'arguer de négligence, de faute, pour n'avoir pas stipulé de clause conservatrice; elle mérite la protection de la loi; elle l'aura.

En conséquence, on a posé la règle suivante : *Le mari pourra être forcé par les tribunaux de faire emploi toutes les fois qu'il recevra une somme dotale représentant tout ou partie d'un immeuble dotal* (Bénech, n° 124).

Comme application de cette règle, nous énumérerons quelques cas où les tribunaux pourront ordonner le remploi, mais sans prétendre, le moins du monde, à une énumération *limitative*.

Ils pourront prescrire le remploi de l'indemmité reçue par le mari :

1° *A suite d'éviction de l'immeuble dotal* (Conf. Bénech, n° 121. Toullier, de la dot, XIV. Delvincourt, sur l'art. 1559. *Contrà :* Duranton, XV, n° 43. Zachariæ, III, p. 576. Tessier, 1, 283).

2° A la suite de la perte, par incendie, de l'immeuble dotal;

3° A la suite de l'établissement d'une servitude légale sur l'immeuble dotal; par exemple : servitude en cas d'enclave (art. 682), servitude d'irrigation, acquisition de mitoyenneté et autres cas analogues d'expropriation (Rodière et Pont, III, n° 1855).

4° A la suite de la concession d'un droit de superficie sur l'immeuble dotal ou de la vente de choses extraites ou retirées des immeubles dotaux, choses ne rentrant pas dans la catégorie des fruits (Loi 32 *de jure dotiam*. Bénech, n° 124).

Il en est de même de l'indemnité donnée à la femme.

5° Au lieu et place de l'immeuble qu'elle aurait reçu

en avancement d'hoirie, s'était constitué en dot, et a rapporté à la succession du constituant (Montpellier, 11 novemdre 1839. S., 1839, 2, 133).

6° Comme prix de sa part indivise dans l'immeuble dotal licité, soit quand l'adjudication a lieu au profit d'un étranger (Caen, 9 mars 1839. S., 40, 1, 351), soit même au profit d'un copartageant (Rouen, 24 avril 1828. S., 28, 2, 141. Cass., 23 août 1830. D., 30, 1, 34. Paris, 9 juillet 1830. D., 31, 2).

7° Il en est de même lorsque les communiers ou les créanciers de la femme auront provoqué la vente de l'immeuble dotal (Rodière et Pont, III, n° 1853).

Remarque : Si les deniers, reçus par le mari, ne représentent pas tout ou partie de l'immeuble dotal, mais seulement le produit de valeurs mobilières constituées en dot, il n'est pas, en l'absence de clause dans le contrat de mariage, tenu d'en faire emploi (art. 1549); le remboursement de ces valeurs étant chose facile à prévoir au moment du mariage. La femme est en faute de n'avoir pas stipulé l'emploi. Ainsi, le mari n'est pas tenu d'employer les sommes qui lui sont payées, soit comme rachat de rentes constituées dotales (art. 1911), soit comme déchéance, par suite du défaut de paiement des arrérages (art. 1912. Bénech, n° 125).

## CHAPITRE II

### DES DÉROGATIONS APPORTÉES AUX RÈGLES DE L'EMPLOI OU REMPLOI CONVENTIONNELS, EN MATIÈRE DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI LÉGAL ET JUDICIAIRE.

I. — *Conditions de validité du remploi.* — L'acceptation est la seule de ces conditions qui doive attirer notre attention.

*Acceptation.* — On s'est fondé sur le silence des art. 1558 et 1559, pour prétendre que l'acceptation n'était point nécessaire à la perfection du remploi prescrit par la loi. Mais on ne peut tirer, contre l'acceptation, aucune induction d'articles qui n'ont pas pour but de tracer les conditions du remploi. Et s'il en est ainsi, sur quoi fonderait-on l'inutilité de l'acceptation ? Ce ne peut être sur un mandat d'acquérir que le mari aurait reçu de sa femme, puisque le remploi légal a lieu en dehors de toute stipulation. MM. Rodière et Pont (III, n° 1852), sont de ce dernier avis ; mais ces auteurs pensent qu'il appartient à la justice de vaincre la résistance injuste de la femme, parce que c'est tomber dans les deux extrêmes « que de ne pas consulter du tout la femme, ou de la rendre appréciatrice souveraine du remploi. » Nous avons déjà donné les motifs qui nous empêchaient de souscrire à cette opinion.

*Ses effets.* — Quelques auteurs (Tessier, de la Dot, I, p. 266) ont douté que l'acceptation de l'immeuble, acquis en remploi de l'excédant du prix sur les besoins de l'art. 1558 ou de la soulte dont nous parle l'art. 1559, rendît cet immeuble dotal. Ils se fondent sur l'art. 1553 et disent : cet immeuble est paraphernal, parce que l'immeuble acquis en emploi n'est dotal que si la condition d'emploi a été stipulée dans le contrat de mariage, et qu'il n'y a pas de semblable stipulation dans notre espèce.

On réfute ordinairement cet argument en disant : l'art. 1553 prévoit le cas de la transformation d'une dot mobilière en dot immobilière ; pour ce cas, il est vrai de dire que l'immeuble ne devient pas dotal, si la condition d'emploi n'a pas été stipulée, mais il ne prévoit pas le cas où il s'agit, comme dans notre espèce, de conserver à la dot immobilière sa nature immobilière ; aussi, ne peut-on pas, ici, argumenter du défaut de la stipulation d'emploi, pour conclure à la paraphernalité de l'immeuble acquis de l'excédant du prix ou de la soulte. Nous croyons cette réfutation inexacte, car, pour nous, l'art. 1553 embrasse indistinctement les deux cas. En effet, cet article s'exprime ainsi : « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal si .. » Que les deniers proviennent d'une créance dotale ou du prix d'aliénation du fonds dotal, l'immeuble, dans les deux cas, est acquis *des deniers dotaux*. Donc, il ressort pour nous, des termes de l'art. 1553, que l'immeuble acquis en remploi des deniers dotaux et l'immeuble acquis en remploi de l'immeuble dotal, ne deviennent dotaux, ni l'un, ni l'autre, s'il n'y a point de stipulation d'emploi.

Nous préférons voir, dans les art. 1558 et 1559, une exception à l'art. 1553. Oui ; *en principe*, l'immeuble acquis en remploi de l'immeuble dotal n'est dotal que si la condition d'emploi a été stipulée dans le contrat de mariage. *Exceptionnellement*, l'immeuble acquis en remploi de l'immeuble dotal, sera dotal, à défaut même de toute stipulation d'emploi. Sur quoi est basée cette exception ? Sur les termes mêmes des art. 1558 et 1559. « L'excédant du prix de la vente, au-dessus des besoins reconnus, restera dotal, et il en sera fait emploi *comme tel* au profit de la femme, » dit l'article 1578. Même observation à propos de l'art. 1559. « L'excédant du prix est dotal, » c'est-à-dire indisponible pour le mari ; et c'est parce qu'il est indisponible qu'il doit être employé. — Or, si l'immeuble acquis en emploi n'est pas dotal, l'excédant du prix ou, ce qui revient au même, l'immeuble représentant cet excédant, ne sera pas indisponible pour le mari, puisqu'il lui sera facile, en usant de son influence, de déterminer la femme à le vendre et de s'approprier le prix de vente. Il résulte donc de la dotalité, de l'indisponibilité dont l'excédant du prix est frappé pour le mari, que l'immeuble acquis en emploi de cet excédant est dotal et non paraphernal.

MM. Rodière et Pont (III, n° 1850) sont du même avis ; ils se fondent sur un motif très rationnel et manifestant leur pensée d'une manière fort heureuse. La nécessité ou un avantage évident *seuls*, fléchissent la loi et lui font autoriser la transformation de la dot immobilière. Donc, quand il n'y a pas nécessité à ce que l'*altération* continue, « la dot tend à revenir ce qu'elle était d'abord, comme un corps élastique, quand

il est comprimé, tend toujours à reprendre sa première forme. » C'est là, croyons-nous, le vrai point de vue, où il fallait se placer pour résoudre la question. D'ailleurs, comment admettre que le mari perde la dot pour avoir fait un emploi auquel il n'a pu se soustraire ?

II. — *En quels biens le remploi doit-il être fait.* — Le remploi doit se faire en immeubles ou en rentes 3 0/0, même quand il est prescrit par la loi. Toutefois, quand la somme à employer est tellement minime, qu'un remploi en immeubles est impossible, les juges pourront permettre au mari un remploi d'un autre genre, ou même de toucher l'excédant, s'il avait des biens suffisants pour en répondre (Rodière et Pont, III, n° 1849, Troplong, IV, n° 3484. Dalloz, v°, Contrat de mariage, n° 3998).

III. — *Formes du remploi.* — Le remploi de la soulte due en cas d'échange, doit-il être fait sous le contrôle de la justice comme l'échange lui-même? M. Sériziat l'a pensé (p. 251, n° 172) parce que, dit-il, la dernière condition de l'aliénation doit être entourée de la même garantie que la première ; la valeur de l'immeuble acquis en contre-échange doit être vérifiée en justice; il doit en être de même de la valeur de l'acquisition faite à titre de remploi. Nous ne partageons pas cette opinion, parce que nous croyons que l'intervention de la justice doit être strictement limitée aux cas pour lesquels la loi la requiert. Or, elle n'est requise par l'art. 1559 que pour l'échange proprement dit ; par conséquent, le remploi qui en est la suite, doit se faire suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire avec le

concours seulement du mari et de la femme (Rodière et Pont, n° 1851).

IV. — *Frais du remploi.* — Quant aux frais du remploi, il nous paraît juste d'y faire concourir le mari, lorsque l'aliénation de l'immeuble dotal l'intéresse; par exemple, cet immeuble a été vendu pour le tirer de prison, ou a été échangé; dans le premier cas, il n'est point douteux que l'aliénation l'intéresse; dans le second cas non plus, puisque l'échange a probablement lieu en vue d'un surcroît de revenus, et que les revenus sont perçus par lui.

Les frais doivent, au contraire, être laissés à la charge de la femme, lorsque l'aliénation de l'immeuble dotal l'intéresse exclusivement; par exemple, la vente en a été faite pour payer ses dettes personnelles, pour faire au fonds dotal les réparations nécessaires.

Si la femme refuse le remploi, doit-elle aussi supporter les frais? Oui, si le remploi est utile, parce qu'il ne serait pas juste de faire supporter au mari, qui n'a aucun reproche à s'adresser, les frais d'un remploi qu'il n'a pas provoqué, mais dont la nécessité est née des circonstances. Non, si le remploi est *insuffisant*, parce que le mari est en faute de n'avoir pas apporté assez de soin à la gestion des intérêts de sa femme.

Cette opinion, suivant les distinctions que nous venons de faire, nous paraît plus équitable que celle de la Cour de Caen (8 mai 1838. D., 40, 2, 13) qui met, dans tous les cas, les frais à la charge exclusive de la femme, lorsque le remploi n'est pas la suite d'une aliénation volontaire.

V. — *Obligations et droits résultant pour l'acquéreur du fonds dotal, de la prescription légale et judiciaire du remploi.* — Remarquons que l'aliénation de l'immeuble dotal, pour une des causes légitimes insérées dans l'art. 1558, donne lieu : 1° à un emploi ; 2° à un remploi, le cas échéant.

1° *A un emploi déterminé.* L'art. 1558 n'autorise, en effet, l'aliénation de l'immeuble dotal qu'à la condition que le prix de cet immeuble sera *employé* de l'une des manières indiquées par cet article ;

2° *A un remploi*, dans le cas où il y a excédant du prix sur les biens reconnus. L'art. 1559 ne donne lieu qu'à ce remploi.

De là naît une double responsabilité pour l'acquéreur de l'immeuble dotal : 1° Il doit veiller à ce que le prix de l'immeuble dotal soit employé pour le motif qui a déterminé la justice à en autoriser l'aliénation. Aux termes de l'art. 1550, en effet, l'immeuble dotal n'étant aliénable que si le prix reçoit telle destination, il s'ensuit que s'il n'a pas reçu cette destination, l'immeuble a été indûment aliené. Conséquence : art. 1554 et 1560. (Laurent, T. 23, n° 531).

2° Il doit veiller à ce qu'il soit fait remploi de l'excédant du prix sur les besoins reconnus, ou de la soulte due par le copermutant. En effet, le paiement n'étant *libératoire* que lorsqu'il a été fait à une personne capable de recevoir, et l'art. 1558 soumettant le mari à la condition d'emploi, il s'ensuit que l'acquéreur du bien dotal n'est pas libéré de l'excédant du prix de l'immeuble dotal ou de la soulte de l'art. 1559, lorsque le mari n'a pas fait remploi, parce qu'il a payé à un

incapable (Laurent, T. 23, n° 531. Rodière et Pont, III, n° 1848).

Et de cette double responsabilité naît un double droit pour l'acquéreur du bien dotal : 1° celui d'exiger la justification que les deniers dotaux reçoivent l'affectation qui a motivé la permission d'aliéner l'immeuble dotal ; 2° Celui d'exiger la justification du remploi de l'excédant du prix sur les besoins reconnus ou de la soulte due, en cas d'échange, par le copermutant.

VI. — *Sanction des droits résultant, pour le tiers acquéreur, de la prescription légale et judiciaire de remploi.* — Le débiteur de deniers dotaux peut se refuser à payer, tant qu'on ne lui donne pas la justification du remploi exigé. Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 31 août 1840 (D., 1841, 2, 125), a maintenu ce débiteur dans son refus de payer ces deniers au fils, auquel ils avaient été abandonnés par sa mère pour son établissement (art. 1556), parce que ce fils ne justifiait pas d'un établissement sérieux (*Contrà* : Paris, 25, août 1845. S., 1846, 2, 16; mais cet arrêt est dénué de motifs).

VII. — *Sanction des obligations résultant pour l'acquéreur du fonds dotal, de la prescription légale et judiciaire du remploi.* — Cette responsabilité doit être étudiée dans trois situations diverses.

**Première situation.** —*L'immeuble dotal a été aliéné dans ces cas où ni la loi, ni le contrat de mariage, n'assujettissent le mari au remploi.* Par exemple, l'immeuble dotal a péri par incendie et est assuré, etc. Soit parce que des débiteurs qui ne sont littérale-

ment tenus d'exiger l'emploi, ni par le contrat de mariage, ni par la loi, doivent être traités avec moins de rigueur que ceux qui y sont astreints ; soit parce que, dans d'autres cas (par exemple : immeuble incendié, indemnité pour l'établissement d'une servitude sur le fonds dotal, expropriation pour cause d'utilité publique, sans que le tribunal n'ait ordonné le remploi, conformément à l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841), on ne peut demander la nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal, les débiteurs de deniers dotaux ne pourront être astreints qu'à payer une deuxième fois.

**Deuxième situation.** — *L'immeuble dotal a été aliéné dans une des hypothèses des art. 1558 ou échangé* (1559), cas dans lesquels la loi prescrit le remploi de l'excédant du prix sur les besoins reconnus, ou de la soulte due par le copermutant. Les auteurs sont en désaccord sur le mode de la sanction.

PREMIÈRE OPINION. — La vente de l'immeuble dotal est *nulle* (Dalloz, J. G., T. x, Tessier, 1, 237, Seriziat, Rég. dotal, n° 72), parce que le remploi est une condition irritante de la validité de l'aliénation.

DEUXIÈME OPINION. — (Bénech, n° 134). La *vente tient*. D'après l'art. 1558, en effet, les seules conditions irritantes de la vente sont : la permission de justice, les enchères publiques, les trois affiches. On ne peut considérer le remploi de l'excédant comme condition essentielle de la vente, car l'obligation de remploi n'est pas *concomitante* à la vente, c'est la vérité qui la fait naître (Conf. Aubry et Rau, T. v, p. 593, note 133). Ce dernier motif est également vrai pour l'art. 1559.

En conséquence, l'acquéreur, le copermutant ne doivent que payer une deuxième fois l'excédant, la soulte.

**Troisième situation.** — *L'immeuble dotal a été aliéné pour l'une des causes indiquées dans l'art. 1558 ; mais en réalité, le prix n'a pas reçu cette affectation.* La vente est-elle nulle? M. Bénech semble le dire à la page 296 : « ... Si la dot reçoit une destination différente, dit-il, l'aliénation n'est plus valable, les articles 1554 et 1560, conservent toute leur autorité... » Mais il ajoute après cela : « ... Les tiers détenteurs restent débiteurs pour avoir payé à quelqu'un qui n'avait pas capacité de les libérer... » D'autre part, il nous dit (p. 308) que « les seules conditions irritantes de la validité de l'aliénation sont la permission de justice. »

Où est la vérité au milieu de tout cela? Dans un système éclectique à notre avis. Les besoins pour la satisfaction desquels l'immeuble dotal a été aliéné, existent-ils encore au moment de la séparation de biens, la femme ne pourra demander qu'une deuxième fois le paiement du prix à son acquéreur, lequel devra, cette fois, veiller à l'emploi de la somme, à la satisfaction des besoins reconnus. Ces besoins n'existent-ils plus, la femme pourra demander la nullité de la vente de son immeuble dotal. Cette aliénation n'a pas de raison d'être puisqu'on ne se trouve plus dans l'un des cas d'exception prévus par l'art 1558.

# CONCLUSION

Jetons, en terminant, un coup d'œil rétrospectif sur ce tableau de la Jurisprudence que nous avons essayé de tracer. Les Cours et les Tribunaux personnifient à merveille ce voyageur égaré dans l'infini de l'espace auquel nous faisions allusion au début de cette étude.

Sans guide, il marche vers l'inconnu, s'égare, revient sur ses pas, repart encore, et finit, après mille détours et mille tâtonnements, maintes espérances et maintes déceptions, par toucher le but. Ainsi, la Jurisprudence a erré, parcourant résolûment tous les chemins ouverts devant elle pour ne s'arrêter que sur celui de la vérité, ne craignant pas, pour elle, de brûler le lendemain ce qu'elle avait adoré la veille.

Parmi les Cours d'appel nous présentant au plus haut

degré le spectacle de ces incertitudes, de ces oscillations, préludes habituels d'une marche régulière, nous citerons celles de Grenoble et de Caen qui ont, tour à tour, sanctionné tous les systèmes, avant de s'arrêter à l'un d'eux.

Si l'on pénètre l'écorce de cette multitude d'arrêts rendus en cette matière, on ne tarde pas à découvrir que deux pensées les animent invariablement : l'intérêt de la femme et celui des tiers.

Les Cours du Midi, conservant, avec un soin jaloux, les traditions des anciens parlements des pays de Droit écrit sur la dot, ont une tendance à faire triompher l'intérêt de la femme.

Les Cours du Nord, en haine du régime dotal, sacrifient volontiers l'intérêt de la femme à celui des tiers.

C'est une sollicitude exagérée pour la femme, qui a fait mettre à la charge exclusive de l'acquéreur du fonds dotal les frais du remploi, à la charge de la femme séparée de biens l'obligation d'emploi ou de remploi non stipulée dans son contrat de mariage ; qui a fait proclamer l'impossibilité de réaliser ces actes après la séparation de biens ; donner à l'épouse, dès cette époque, l'exercice inéluctable de l'action révocatoire ; attribuer à la clause d'emploi l'effet d'immobiliser la dot mobilière, indépendamment de sa réalisation ; placer la dotalité au-dessus du privilège du vendeur ; reconnaître à l'acceptation un effet rétroactif à l'égard des ayants-cause du mari ; supporter au vendeur d'un immeuble destiné au remploi des biens de la femme, l'insuffisance et les conséquences de l'inutilité de ce remploi.

C'est une sollicitude exagérée pour les tiers, qui a fait méconnaître le caractère obligatoire pour le débiteur des deniers dotaux, de la clause d'emploi, à défaut d'une mention expresse; proclamer la possibilité du remploi après la dissolution du mariage; reconnaître à la Justice le droit d'imposer à la femme, au lieu et place de sa dot, un immeuble lui déplaisant; accorder aux tiers le droit de se refuser au paiement d'une dette dotale dont la femme a constitué le montant à son enfant (art. 1556) pour son établissement, etc., etc.

En résumé, tantôt, sous prétexte que la femme n'est pas assez protégée, on la protège trop; tantôt, sous prétexte que l'intérêt des tiers est sacrifié, on leur immole celui de la femme. C'est l'esprit de réaction qui emporte les juridictions de deux pays rivaux au delà des limites du juste et du raisonnable !

Il appartenait à la Doctrine, témoin impassible de cette lutte *pro aris et focis* de jouer le rôle de médiatrice et de réconcilier le Nord et le Midi. Il fallait, pour cela, ne donner raison ni exclusivement à l'un, ni exclusivement à l'autre, mais transiger. Les auteurs, s'efforçant d'arriver à ce but, ont fondé un système éclectique tenant un juste compte de la protection due à la femme et aux tiers.

En adoucissant la trop grande rigueur des effets de la clause de remploi vis-à-vis de ces derniers, la Doctrine les sollicite de traiter avec les femmes mariées; en lui maintenant une force conservatrice suffisante, elle se rend maîtresse de la résistance des épouses à la mise en circulation des biens dotaux, et sert ainsi la cause de l'intérêt général.

Depuis quelques années, cette influence se fait forte-

ment sentir ; peu à peu, les Cours et tribunaux reviennent des exagérations où les avaient poussées l'amour et le culte de la tradition.

Cette révolution mécontente les dotalistes à outrance. Elle satisfait pleinement, au contraire, tous ceux qui font du Droit une science basée sur la raison et l'équité : *Juris præcepta sun hæc : ..... alterum non lædere, suum cuique tribuere !*

# POSITIONS

## DROIT ROMAIN

I. — L'hypothèque est un droit réel.

II. — Les mots *salvâ rerum substantiâ* de la définition de l'usufruit (Inst. Pr. II, IV), signifient que cette servitude personnelle consiste dans le *jus in alienis rebus utendi, fruendi* pourvu que cet usage et cette jouissance soient compatibles avec la conservation de la substance.

III. — L'accession n'était pas, à Rome, un mode spécial d'acquérir la propriété.

## DROIT CIVIL

I. — Le caractère confidentiel affectant les lettres missives trouvées dans la succession du destinataire, ne s'oppose pas à leur transmission aux héritiers de ce dernier.

II. — Pour qu'un testament mystique écrit par autrui soit valable, il est nécessaire que le testateur l'ait lu ; il ne suffit pas qu'il ait su et pu lire.

III. — La preuve d'une substitution prohibée peut être recherchée en dehors du testament ou de la donation.

ANCIEN DROIT

I. — L'institution contractuelle est d'origine germanique.

II. — Le douaire est à la fois d'origine germanique, canonique et coutumière.

III. — La règle : « donner et retenir ne vaut » vient du droit germanique.

PROCÉDURE CIVILE

I. — On peut pratiquer une saisie-arrêt sur soi-même.

II. — Les jugements rendus en pays étrangers ont en France autorité de chose jugée.

DROIT CRIMINEL

I. — La passion ne peut servir d'excuse absolutoire à l'égard d'un délit.

II. — La règle prohibitive du cumul est applicable en matière correctionnelle comme en matière criminelle.

III. — L'ivresse constatée n'est pas une excuse légale ; mais elle peut déterminer le juge ou le jury à déclarer l'agent non coupable, à condition qu'elle n'ait pas été préméditée.

## DROIT ADMINISTRATIF

I. — Un individu qui a fait une libéralité à une commune peut, par une clause de substitution, soustraire cette libéralité au pouvoir de réduction du gouvernement.

II. — Quand des biens sont indivis entre deux communes, que l'un des conseils municipaux veut rester dans l'indivision tandis que l'autre est d'avis de la faire cesser, l'une des communes peut intenter contre l'autre une action en partage, en vertu de l'art. 815 (C. civ.).

III. — Les Conseils de préfecture sont compétents, en matière de travaux publics, pour statuer sur les dommages causés aux personnes.

## DROIT COMMERCIAL

I. — En l'absence de tout préjudice, le simple retard ne soumet pas le voiturier au paiement d'une indemnité.

II. — A défaut du consentement du mari, la justice ne peut autoriser la femme à faire le commerce ; toutefois, si le mari est interdit ou absent, elle le pourra, selon les circonstances.

III. — Le privilège du voiturier subsiste lors même qu'il s'est dessaisi de la marchandise.

DROIT DES GENS

I. — L'étranger divorcé régulièrement d'après les lois de son pays, peut contracter mariage en France.

II. — La guerre est permise quand elle est la sanction d'un droit.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — L'existence de la réserve, contrairement à la liberté absolue de tester, se justifie par des considérations nombreuses et bien fondées.

II. — La valeur n'a son origine exclusive ni dans le travail, ni dans la rareté ; elle dérive de la combinaison de ces deux éléments.

III. — La règlementation par la loi du taux de l'intérêt n'est pas conforme aux lois de l'économie politique.

---

Le président de la thèse,
**J. PAGET.**

Vu par le doyen de la Faculté,
**Henry BONFILS.**

Vu et permis d'imprimer :
Pour le Recteur de l'Académie,
Le doyen délégué,
**Henry BONFILS.**

Toulouse, le 9 juin 1883,

Cette thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse, le 1883.

# TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION. — De la violence. — De la crainte. — Mesures de protection auxquelles donne lieu la crainte. — De ses effets sur les actes juridiques..... 7

CHAPITRE I. — Caractères de l'action *quod metus causâ*..... 25

CHAPITRE II. — Des caractères que doit revêtir la crainte pour donner naissance à l'action *quod metus causâ*..... 28

CHAPITRE III. — Qui peut intenter l'action *quod metus causâ*..... 41

CHAPITRE IV. — Contre qui l'action *quod metus* peut-elle être intentée..... 42

CHAPITRE V. — En quoi consiste la satisfaction que l'action *quod metus* fait obtenir au demandeur..... 51

CHAPITRE VI. — Que doit restituer le défendeur à l'action *quod metus* ?..... 52

SECTION I. — Que doit restituer le défendeur sommé par l'*arbitrium* du juge..... 53

§ 1. — Que doit restituer l'auteur de la violence sommé par l'*arbitrium* du juge ?.... 53

§ 2. — Que doit restituer le tiers de bonne foi, sommé par l'*arbitrium* du juge ?..... 56

SECTION II. — Que doit prester le défendeur condamné par le juge?..... 59

CHAPITRE VII. — Des causes d'extinction de l'action *quod metus causâ*..... 63

SECTION I. — Causes d'extinction de l'action *quod metus in quadruplum*..... 64

SECTION II. — Causes d'extinction de l'action *quod metus in simplum*..... 65

DROIT FRANÇAIS

AVANT-PROPOS..... 71

INTRODUCTION. — De l'emploi, du remploi. — De leurs éléments essentiels. — Différentes espèces d'emploi et de remploi. — De l'application de chacune d'elles, par rapport aux biens des époux, sous le régime de la communauté légale et sous le régime dotal. — De leur utilité..... 75

## PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — Des clauses d'emploi et de remploi. 85

SECTION I. — De la clause d'emploi..... 85

I. — De son origine..... 85

II. — De sa nature..... 87

SECTION II. — De la clause de remploi..... 95

I. — De son origine..... 95

II. — De sa nature..... 99

CHAPITRE II. — Où doit être stipulée la condition d'emploi et de remploi..... 104

CHAPITRE III. — Par qui peut être stipulée la clause d'emploi et de remploi..... 107

CHAPITRE IV. — Qui peut faire l'emploi et le remploi..... 109

PREMIER CAS. — Le contrat de mariage contient une clause à cet égard..... 109

SECOND CAS. — Le contrat de mariage ne contient pas de clause à cet égard..... 110

I. — Période de l'administration du mari.... 110

II. — Période de la séparation de biens..... 110

III. — Période de la dissolution du mariage.. 113

CHAPITRE V. — Des conditions de validité de l'emploi et du remploi..... 113

SECTION I. — De la déclaration de l'origine des deniers et de l'intention d'opérer le remploi ou l'emploi..... 119

I. — Origine des deniers..... 119
II. — Intention d'opérer le remploi..... 120

Section II. — De l'acceptation..... 133

CHAPITRE VI. — Formes de l'emploi ou du remploi. 160
Section I. — Forme de l'acte d'acquisition..... 160
Section II. — Forme de la double déclaration.. 162
Section III. — Forme de l'acceptation..... 163

CHAPITRE VII. — En quels biens doit-on faire l'emploi et le remploi..... 166
Premier cas. — Le contrat de mariage indique le mode d'emploi ou de remploi..... 166
Second cas. — Le contrat de mariage n'indique pas le mode d'emploi ou du remploi..... 167

CHAPITRE VIII. — Etendue de la clause d'emploi et de remploi..... 177
Section I. — Quels modes d'aliénation cette clause embrasse-t-elle ?..... 178
Section II. — A quelles sommes, à quelles valeurs la clause d'emploi ou de remploi s'applique-t-elle ?..... 182

CHAPITRE IX. — Quand peut-on faire l'emploi ou le remploi ?..... 187

CHAPITRE X. — Frais de l'emploi et du remploi... 195
I. — Détermination des frais d'emploi et de remploi..... 195
II. — Contribution aux frais d'emploi et de remploi..... 201

CHAPITRE XI. — Droits résultant de la clause d'emploi ou de remploi..... 203

Section I. — Détermination de ces droits..... 203
I. — Droits de la femme..... 203
II. — Droits des tiers débiteurs et acquéreurs. 204
III. — Droits du mari..... 206
Section II. — Sanction de ces droits..... 207

CHAPITRE XII. — Obligations résultant de la clause d'emploi ou de remploi..... 210
Section I. — Détermination de ces obligations.. 211
I. — Obligations du mari..... 211
II. — Obligations des tiers débiteurs de la dot ou acquéreurs du bien dotal..... 212
III. — Obligations de la femme séparée de biens..... 226
Section II. — Sanction de ces obligations..... 229
§ 1. — Sanction des obligations résultant de la clause d'emploi..... 230
I. — Action contre le mari..... 230
II. — Action contre les tiers débiteurs de la dot..... 230
§ 2. — Sanction des obligations résultant de la clause de remploi..... 233
I. — Action contre les tiers acquéreurs de l'immeuble dotal..... 234
II. — Action contre le mari..... 246

CHAPITRE XIII. — Preuve de l'emploi et du remploi..... 250

CHAPITRE XIV. — Des événements qui font perdre à la clause d'emploi ou de remploi sa force obligatoire..... 254

## DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — Des cas dans lesquels la loi ordonne l'emploi ou le remploi et de ceux dans lesquels les tribunaux peuvent l'ordonner.... 260

CHAPITRE II. — Des dérogations apportées aux règles de l'emploi ou remploi conventionnels, en matière de l'emploi et du remploi légal et judiciaire..... 264

I. — Conditions de validité du remploi..... 264

II. — En quels biens le remploi doit-il être fait..... 267

III. — Formes du remploi..... 267

IV. — Frais du remploi..... 268

V. — Obligations et droits résultant pour l'acquéreur du fonds dotal, de la prescription légale et judiciaire du remploi..... 269

VI. — Sanction des droits du tiers acquéreur. 270

VII. — Sanction des obligations résultant pour l'acquéreur du fonds dotal de la prescription légale et judiciaire du remploi..... 270

CONCLUSION..... 273

POSITIONS..... 277

BIBLIOTHEQUE DE UT1 SCIENCES JUR.-GARRIGOU

Toulouse. — Imprimerie Saint-Cyprien, Allée de Garonne, 27. — 2117.

# ERRATA ET CORRIGENDA

| Au lieu de : | Lisez : |
|---|---|
| P. 11. l. 30. Compulsiva..... | Absoluta. |
| P. 12. l. 3. Impulsiva..... | Compulsiva. |
| P. 27. l. 12. le bien fondé, les prétentions. | le bien fondé des prétentions. |
| P. 30. l. 15. Julien..... | Ulpien. |
| P. 37. l. 17. note 10..... | note (o). |
| P. 66. l. 21. Il..... | Elle. |
| P. 76. l. 30. il..... | elle. |
| P. 120 l. 4. mentionnée..... | mensongère. |
| P. 121. l. 10 l'insertion même de l'acte d'acquisition..... | son insertion même dans l'acte d'acquisition. |
| P. 124. l. 7. S. V..... | T. V. |
| P. 126. l. 2 n° 4010-6°..... | D, n° 4010-6°. |
| P. 133. l. 4 Contrat-d'acquisition..... | Contrat d'acquisition. |
| P. 135. l. 15. n° 4025. n°s 4025 et 1425. | D, n° 4025. D, n°s 4025 et 1425. |
| P. 139. l. 17. Troplong, n° 119..... | Troplong, n° 1119. |
| P. 148. l. 14. L. 39..... | S., 39. |
| P. 178 l. 9 prix..... | pris. |
| P. 202. l 18 séparations..... | séparation. |
| P. 206. l. 19. des montants..... | du montant. |
| P. 207. l. 17. dans la pratique..... | en pratique. |
| — l 18 entre l'impossibilité..... | dans l'impossibilité. |
| P. 220 l 3. les plus négligents..... | les moins diligents. |
| P. 226. l. 19. 2013-1° et 2°..... | 2103 1° et 2°. |
| P. 235. l 23. toute..... | toutes. |
| P. 236 l. 17 le..... | la. |
| — l. 32. choissant..... | choisissant. |
| P 269. i. 12. biens..... | besoins. |
| — l. 18. 1550..... | 1558. |
| P. 271. l. 7 n'ait..... | ait. |
| — l. 13. des art..... | de l'art. |
| — l. 28. vérité..... | vente. |
| P. 276. l. 7. sun..... | sunt. |
| P. 279. l. 2. substitution..... | substitution vulgaire. |