

PPN 098 740 695

129

Offert à M. Sartorius

Brenelle par mademoiselle
Lurita

Molinier

GARRIGOU

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE PUBLIQUE

POUR

LE DOCTORAT,

SOUTENUE EN EXÉCUTION DE L'ARTICLE 4 DE LA LOI DU 22 VENTOSE AN XII,

Par **M. MOLINIER (JOSEPH-VICTOR)**,

Né à Turin (Piémont), le 8 avril 1799.

INTRODUCTION.

LE DROIT, c'est la liberté inhérente à la nature de l'homme d'exercer les actes de sa volonté dans les limites que leur assignent ses rapports avec ses semblables et avec les autres êtres, en réglant ses actions de telle sorte qu'elles concourent à l'accomplissement des fins de Dieu (1).

(1) HOBBS, cet apôtre du principe de l'utilité, a donné la définition suivante du droit naturel : « Jus naturale est libertas quam habet unusquisque potentiâ suâ ad personæ suæ conservationem suo arbitrio utendi, et (per consequens) illa omnia quæ eò videbatur tendere faciendi. » (LEVIATHAN, de homine, cap. 14.) En rapprochant cette définition de celle que nous donnons, on voit aisément en quoi nos idées diffèrent des siennes.

T2

En plaçant l'homme dans l'univers, Dieu lui a confié le développement progressif des facultés qu'il a créées en lui; il l'a doué d'une force d'action qui obéit à sa volonté, d'une intelligence propre à en régler l'exercice, et de la liberté nécessaire pour que ses actes émanent de lui-même. C'est dans ce sens que le génie transcendant de Vico a proclamé ce principe d'une si haute portée : *le monde social est l'ouvrage des hommes* (1). — De cet axiome de la philosophie de l'histoire s'induit nécessairement cette conséquence que le droit, quoique immuable dans son idéal absolu, a cependant dû suivre dans son expression les modifications résultant de la marche progressive des sociétés humaines.

Par rapport à l'homme, considéré dans son *individualité*, le droit a pour objet la conservation de son être et l'exercice des facultés dont il est doué; par rapport à l'homme considéré *collectivement* comme formant la société humaine, le droit a pour objet le progrès de l'humanité vers l'extension de sa puissance et vers la jouissance de la plus grande somme de bien-être à laquelle elle puisse atteindre.

Du concours des droits individuels naît l'OBLIGATION, c'est-à-dire le lien moral qui restreint les droits de chaque homme dans les limites que lui assignent les droits de ses semblables et le maintien de l'ordre et du progrès dans les sociétés.

LES LOIS expriment les règles obligatoires et nécessaires de conduite qui émanent de la nature de l'homme et de ses rapports avec Dieu, avec ses semblables, avec les autres êtres de la création. Elles ont pour objet d'assurer à chaque individu la jouissance de ses droits naturels et de maintenir l'ordre, l'harmonie, le progrès dans les sociétés et dans l'humanité.

La science du droit, ou JURISPRUDENCE UNIVERSELLE, se présente sous trois faces : 1^o La philosophie du droit ou le *droit naturel* qui offre l'expression du droit dans son absolu, dans son unité, dans ses règles immuables et

(1) *Scienza nuova*, lib. 1, cap. 3, tit. 1; tom. 1, pag. 396 de la traduction de Michelet, des œuvres de Vico.

éternelles, en dehors de l'action de l'espace et des temps (1). — 2° *L'histoire* qui retrace la naissance et les transformations successives des sociétés et des institutions humaines, le développement progressif du droit dans l'humanité au milieu de l'espace et du temps; la lutte du spiritualisme contre le matérialisme, de l'intelligence et du droit contre la force matérielle (2). — 3° *L'étude des législations positives* ou des formules déterminant l'application du droit aux faits selon les idées religieuses, les lumières, les mœurs, les besoins et les progrès de chaque peuple, à chaque époque.

La science du droit peut encore subir les divisions suivantes :

I. Sous le nom de DROIT DIVIN elle embrasse les règles qui se réfèrent aux rapports existant entre l'homme comme être intelligent, et Dieu comme maître de la nature. Cette première branche comprend tout ce qui se rattache au culte religieux.

II. Sous le nom de DROIT HUMAIN, la science du droit embrasse les rapports nombreux qui existent entre les hommes et qui peuvent se subdiviser de la manière suivante : 1° Rapport entre les individus, *droit privé*; — 2° rapport entre les citoyens et l'état dont ils font partie, *droit public*; — 3° Rapports des divers états entr'eux, *droit des gens*.

(1) « Est autem jus naturale adeò immutabile, ut nè à Deo quidem mutari » queat. » (GROTIUS, *de jure belli ac pacis*, cap. 1, § 10.) — « La loi éternelle « n'est point arbitraire, c'est l'ordre immuable des perfections divines. Dieu, par » exemple, peut ôter à ses créatures l'être qu'il leur a donné librement. Mais le » souverain domaine qu'il a sur elles, ne lui donne pas droit de les traiter injuste- » ment. L'être est pure libéralité : mais le bien-être et le mal-être, le plaisir et la » douleur, la récompense et la peine, doivent être réglés selon l'ordre immuable » de la justice, que le juste juge aime invinciblement et par la nécessité de sa » nature. » (MALEBRANCHE, *de l'amour de Dieu*).

(2) « La vera e filosofica storia delle nazioni poggiando soprà stabili e costanti principj, e una scienza così dimostrabile e severa come le matematiche sono. Poichè poste le tali circostanze, le nazioni hanno di necessità tali costumi, » e tali governi. » La véritable histoire philosophique des nations basée sur des principes immuables et constants est une science susceptible d'une démonstration aussi rigoureuse que les mathématiques. En admettant, en effet, telles circonstances, les peuples offrent de toute nécessité telles coutumes, tels gouvernements. (MARIO PAGANO, *saggi politici*, sagg. I, cap. 1.)

AU DROIT PRIVÉ se rattachent le *droit civil* proprement dit, le *droit commercial*, la *procédure civile*.

AU DROIT PUBLIC se rattachent le *droit politique*, offrant l'organisation et la distribution des divers pouvoirs sociaux; le *droit administratif*, qui embrasse les droits collectifs; le *droit pénal*, l'*instruction criminelle*, qui répriment les atteintes portées à l'ordre social.

AU DROIT DES GENS se rattachent les principes qui régissent les *traités d'alliance* entre les nations, les *ambassades*, les *guerres*, les *traités de paix*, les *extraditions*, les *traités de commerce*, la *navigation sur les mers*.

III. Sous le nom de DROIT RÉEL se trouvent compris les rapports de l'homme avec les choses, avec les êtres qui l'entourent. — Etendue des droits de l'homme sur les animaux doués de sensibilité et sur les êtres inanimés

JUS ROMANUM.

DE NUPTIIS.

(Instit. Lib. 1, tit. 10. — FF. de ritu nuptiarum, lib. 25, tit. 2. — Cod. Lib. 5, tit. 4. — Nov. 22.)

Jure naturæ conjugium est contractus quo vir et mulier junguntur in perpetuum consortium vitæ, mutuò tradendo corporum suorum dominium, ut oriatur et educetur ex eorum societate familia.

Nobis non placet definitio conjugii data à D. celeb. GROTIUS (de jure belli ac pacis, lib. 2, cap. 5) his verbis : *Conjugium igitur naturaliter esse existimamus talem cohabitationem maris cum feminâ, quæ feminam constituat quasi sub oculis et custodiâ maris.* In quibusdam animalibus hujusmodi reperitur cujusdam temporis societas, sed naturæ hominis et statûi familiæ, cujus fundamentum est conjugium, consentaneum est ut fides intercedat et consortium omnis vitæ interveniat.

Videamus nunc quæ fuere conjugia apud Romanos. Primò dicendum est quatuor species conjugii distinctas præbuisse jus Romanum, scilicet : JUSTÆ NUPTIÆ sive *connubium*, CONCUBINATUS, MATRIMONIUM et CONTUBERNIUM, de quibus separatim tractabimus

DE JUSTIS NUPTIIS.

Erant autem NUPTIÆ, jure civili, si uxor in manum convenisset, secundùm Modestini definitionem : *conjunctio maris et femineæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (L. 1, ff. de rit. nupt.). Si autem in manum non convenisset, *viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.* (Inst. de patriâ potest. § 1.)

Justæ nuptiæ inter solos cives romanos contrahebantur (Inst. h. t. pr.), non cum peregrinis nisi eis concessum fuisset jus connubii (ULP., frag. V. 4), nec inter servos qui vivebant in contubernio. Ut justam habeamus ideam nuptiarum Romanorum, distinguemus earum præcepta quæ pertineant ad jus naturale, ad jus civile et ad jus publicum,

Præcepta legum Romanorum de nuptiis quæ oriuntur ex jure naturali.

I. Primum est juris naturalis præceptum de nuptiis ut *masculi sint puberes, femina viripotentes*. Id plenissimè sanxerant leges romanæ; nam apud veteres, Caniani habitu corporis, Proculeiani annis, Javolenus priscus utrisque pubertatem æstimari voluerant (ULP., *reg.* II, 28. GAIUS, *Inst.* 1, 196). Justinianus, sententiâ proculeianorum firmatâ, liti isti finem imposuit et pubertatem præfinivit ad masculos cum decimum quartum annum compleverint, ad feminas cum duodecimum annum (*Inst. quib. mod. tut. finit. prin.* — L. 3, C. *quand. tut. vel cur.*, 5, 60). Attamen si minor duodecim annis nupserit, tunc legitima uxor fit cum apud virum expleverit duodecim annos (L. 4, ff. *de rit. nupt.*) — Ex eisdem principiis castrati justî mariti esse non possunt.

II. POLYGAMIA aliquandò apud Athenienses permissa, infamiâ semper mulctabatur apud Romanos (L. 48, c. *ad leg. Jul. de ad.* 9, 9.). Id et naturalis et civilis ratio præcipit. Nam poscit æquitas virum etiam unicæ mulieri se dare cum mulier unico viro se dedat, ut oriatur familia et patria potestas.

III. Cum conjugium sit familiæ fundamentum et ejus finis procreatio et educatio liberorum, inest in eo consortium omnis vitæ, societas individua viri et mulieris; non tamen quæ tantum morte divelli possit, sed in voto tantum individua et quæ divortio solvi potest.

DIVORTIUM est dissolutio nuptiarum solemnibus eo animo facta, ne divortentes unquam ad prius vitæ consortium revertantur (L. 2, *pr. et L. 3*, ff. *h., tit. 24*, 2.).

Apud veteres Romanos divortium Romuli legibus introductum fuit in favorem maritorum nec non sine causâ probatâ; uxoribus verò nullo modo concessum fuerat, ut refert *Plutarchus* in vitâ Romuli. Quam legem in XII Tabulas migrasse è loco Ciceronis in 2^a Philippicâ apparet. Tamen lege pudoris et nuptialium sacrorum religione atque auspiorum auctoritate, diù hujus facultatis abstinuerunt adeò ut mirarentur quemdam *Sp. Carviliûm Rugam* qui primus uxorem sterilem repudiavit, anno Urb. cond. circiter quadringentesimo (HEINNECCIUS, *ad leg. Jul. et Pap. Pop. L. 2, cap. 42.*) — Postea cum rariùs venerunt uxores in manum mariti, repudium mores invasit; mulieres cœperunt quoque maritis libellum mittere, adeò ut illustres feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computarent, ut eas increpans ait *SENECA* (*Lib. 3, de benef., cap. 16.*) — Modum divortiis imposuerunt imperatores

Theodosius et Valentinianus (*L. 9, c. de repud. 5, 47*), et hæc de divortiis Justinianus statuit :

1° Sine causâ, mutuo consensu, dissolvebantur nuptiæ si conjuges ambo consentirent et tunc *bonâ gratiâ* matrimonium dirimi dicebatur (*L. 9, c. de repud. 5, 47. — Novel. 22, cap. 4*). Id jus mutatum fuit Justiniani Novellâ 117, cap. 40 et restitutum Novellâ 140.

2° Unius conjugis tantùm voluntate divortium fiebat ob causas legibus determinatas et etiam leves (*L. 8 et 40, c. de repud. 5, 47. — Novel. 22, cap. 45 et 46. — Novel. 117, cap. 8 et 9*).

3° Pœna divortii facti sine justâ causâ hæc est : mulier suam dotem et antè nuptias donationes amittit, nec intrâ quinquennium nubendi habet denuò potestatem ; vir dotem statim reddere debet et antè nuptias donationes amittit (*L. 8, § 4, c. de repud. 5, 47*). — Si mulier indotata fuerit, compellitur maritus qui sine justâ causâ divortium fecit, ei quartam partem propriæ substantiæ persolvere (*L. 44, § 4, c. de rep. 5, 47. — Nov. 22, cap. 48*).

4° Si abest unus è conjugibus et in incerto sit an vivus, an apud hostes teneatur, post quinquennium ad alias potest migrare nuptias sive maritus, sive uxor (*L. 6, ff. de divort. 24, 2. — Nov. 22, cap. 7*).

5° Si impotens fuerit vir coire mulieri, ipsæ et parentibus ejus data fuerat licentia matrimonium distrahendi primò post biennium, quod deindè Justinianus ad triennium prorogavit (*L. 40, c. de rep. 5, 47. — Nov. 22, cap. 6*). — In muliere causa justa divortii statim existit, si eo vitio laboret quo vir ad eam accedere non possit (*L. 44, § 7, ff. de ædilit. edict. 24, 4*).

6° Divortium fiebat modò solemnè adhibitis septem testibus civibus romanis, præter libertum qui hæc verba solemnè pronunciabat : *tua res tibi habeto, tua res tibi agito* (*L. 2, § 1 et L. 9, ff. de divort. 24, 2*). — Inter absentes fiebat per libellum repudii (*L. 2, § ult. — L. 7, ff. h. tit. 24, 2. — JUVENALIS, sat. VI, V. 145*).

IV. Inest conjugio conjunctio non corporum tantùm, sed etiam animorum; ex quo patet consensum solum, non concubitum, nuptias facere (*L. 30, ff. de reg. jur. 50, 46*), adeò ut is qui absentem acceperat uxorem, denique rediens à cœnâ juxtâ Tiberim periit, ab uxore lugendus fuit (*L. 6, ff. de rit. nupt. 23, 2*). — Cùm nuptias faciat, consensus, consequens est ut *furiosi et mente capti* conjugium inire nequeant (*L. 46, § 2, ff. de ritu nupt.*); ut et error nuptias vitiet, si in substantialibus commissus sit (*L. 15, ff. de jurisdit. 2, 4*). Necnon vis ac metus (*L. 24, ff. de rit. nupt. — L. 44, c. de nupt.*) — (*L. 134, ff. de verb. obl. 45, 4*). — Muti, surdi, cæci nuptias contrahere possunt (*L. 73, ff. de jur. dot. 23, 3*). — Hic notandum neque

tabulas, neque alios ritus facere nuptias, sed solus affectus nuptialis, ita ut satis probentur si vicinis vel aliis scientibus uxorem, liberorum procreandorum causa, mulierem quis domi habuerit (*L. 9, c. de nupt. 5, 4. — Nov. 22, cap. 3. — Nov. 117, cap. 3.*). — In liberæ mulieris, non corpore quæstum facientis, consuetudine, nuptiæ non concubinatus intelligendæ (*L. 24, ff. de rit. nupt. 23, 2.*).

V. Jure naturæ inter eas personas quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent contrahi nuptiæ non possunt (*L. 68, ff. de ritu nupt.*), et inter fratrem et sororem ita ut et irritum fiat si quid factum sit adversus hanc legem, ob vitium permanens: at cætera impedimenta jure civili introducta cautionem continent quæ etiam aliis modis obtineri potest (*GROTIUS, de jure belli ac pacis, lib. 2, cap. 5, §§ 12, 13 et 14.*). Indè nuptiæ prohibentur inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem usque in infinitum (*Inst. de nupt. § 1. — L. 53, ff. de ritu nupt.*) Et nihil interest ex justis nuptiis cognatio descendat an non (*L. 54, eod.*); sic serviles cognationes in hoc jure observanda sunt; igitur suam matrem manumissus non decet uxorem ducere et pater filiam, et frater sororem, si ex servitute manumissi sint. Undè nec vulgò quæsitam filiam potest uxorem ducere pater naturalis, quoniam, ait PAULUS, *in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est* (*L. 14, § 2, ff. de rit. nupt. — L. 23, ff. de reg. jur. 50, 16.*).

§ 2.

De his quæ in Romanorum nuptiis pertinebant ad jus civile.

Justum matrimonium est si inter eos qui nuptias contrahunt *connubium* sit, id est uxoris jure ducendi facultas (*Ulpian. reg. tit. 5, § 2 et 3.*).

I. Jure civili consensus contrahentium semper non sufficit ad nuptias contrahendas, requiritur etiam consensus parentum in quorum potestate contrahentes sunt (*Inst. de nupt. inpr. — L. 2 et 18, ff. de rit. nupt.*), vel esse possunt (*L. 16, § 2, ff. eod.*). Hinc in nuptiis filii aut filiæ requiritur consensus patris, in nuptiis nepotis ex filio requiritur consensus avi in cujus potestate est, et consensus patris in cujus potestate esse potest. Contra sententiam Justiniani (*de nupt. inpr.*) censemus consensum parentum tantum requiri ex jure civili non verò ex jure naturali. Id etiam docet GROTIUS, *de jure bell. ac pacis, lib. 2, cap. 5, § 10.* — Si pater vel avus sit furiosus, liberi nuptias rectè contrahunt si consensus interveniat curatorum dementis, præcipuorum è familiâ, nec non magistratuum vel episcopi loci (*Inst. de nupt. inpr. — L. 25, c. h. t. — L. 28, c. de pisc. aud. 1, 4.*). — Ex lege Juliâ et Papiâ Poppæâ et ex res-

cripto Severi et Antonini, parentes qui sine justâ causâ prohibent liberos quos habent in potestate uxores ducere vel nubere, coguntur per proconsules et præsides provinciarum in matrimonium eos collocare ac dotare (*L. 19, ff. de rit. nupt.*).

II. Non habent cives romani connubium cum omnibus civibus romanis, nam à quorundam nuptiis abstinendum est. Tria ex jure civili præcipua sunt impedimenta, scilicet: *cognatio, affinitas et publica honestas.*

III. 1° In *lineâ cognationis rectâ* nuptiæ, ut jam vidimus, prohibentur in infinitum, etiamsi cognatio sit tantum *civilis* et ex adoptione procedat. Imò etsi cognatio civilis soluta fuisset per emancipationem, manebat tamen impedimentum in lineâ rectâ (*Inst. de nupt. § 1. — L. 55, ff. de rit. nupt.*)

2° In *lineâ collateralis* hæc est regula: in *lineâ æquali* secundus gradus semper est prohibitus, ut vidimus suprâ, quartus verò permissus: in *inæquali*, tertius semper prohibitus; quartus et reliqui tantum inter eas personas quæ sibi invicem parentum ac liberorum loco sunt. — Indè sequitur prohibitas esse nuptias inter fratrem et sororem, sive ab eodem patre et ab eadem matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum; nec refert cognatio sit mixta, naturalis tantum aut *civilis* tantum (*Inst. de nupt. § 2. — L. 17, ff. h. t.*) — Duorum autem fratrum vel sororum, vel fratris et sororis liberum (*consobrini*) conjungi possunt (*Inst. de nupt. § 4.*) De his autem dicendum: Prisco jure nuptiæ inter eos permissæ, medio jure prohibitæ nisi interveniret veniâ principis (*L. unic. C. Theodosiano, si nupt. ex rescript. pet. 10, 3.*), rursus ab imperatoribus Arcadio et Honorio permissæ fuere. Undè delenda est negatio quæ reperitur in Theophili paraphrasi, ut docet Cujacius in § 4. *Inst. Justiniani*. Fratris filiam uxorem ducere quondam licebat non verò filiam sororis, idque primum in usum venit cum Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset (*Gaius, inst. comm. 1, § 62. — Ulp. frag. V, 6.*) Prohibitæ tamen iterum fuere nuptiæ cum sororis filiâ et quidem secundum *Gerardum Noot.* (*Observ. II, 5.*) à *Nervâ*, seu ex *Dione* colligit. Indè patruus non potest conjungi cum filiâ fratris aut sororis; filius fratris non potest conjungi cum amitâ (sorore patris sui), licet adoptivâ, nec cum materterâ (sorore matris suæ); frater non potest conjungi cum nepte aut pronepte fratris sui in infinitum, quia hæ personæ sibi invicem parentum liberorumve loco sunt (*Inst. §§ 3, 5, de nupt. — L. 53, ff. de rit. nup.*)

IV. *ADFINITATIS* quoque veneratione à quarundam nuptiis abstinendum est. Adfines, sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit (*L. 4, § 3, ff. de grad. et adfin, 38, 10.*)

1° In *lineâ adfinitatis rectâ* nuptiæ prohibentur in infinitum (*L. 4, § 7, ff. eod.*)

Undè fluit non posse me priviguam (filiam uxoris meæ), vel nurum (uxorem filii mei), vel socrum (matrem uxoris meæ), vel novercam (uxorem patris mei) ducere (*Inst. de nupt.* § § 6 et 7. — *L. 4*, § 6.; *L. 14*, § *ult.*; *L. 40*, ff. *cod.*)

2° In *lineâ adfinitatis collateralis* nuptiæ prohibentur in secundo gradu, sed permittuntur in tertio. Undè fratris mortui viduam aut sororem uxoris meæ ducere non licet (*L. 5*, *C. de incest. et inut. nupt.* 5, 5.) Olim hæc adfinitas morte aut divortio solvebatur, et licebat duas sorores uxores ducere, sed id immutavit disciplina severior christianorum (V. HEINECCIUS, *ad leg. Jul. et Pap. Pop. Lib.* 17, cap. 31, § 2, p. 344.)

3° Ex *adfinitate spirituali* nuptiæ sunt prohibitæ cum eâ personâ quam aliquis à sacro baptisate suscepit, quia, mediante Deo, animæ eorum copulatæ sunt (*L. 26*, *C. de nupt.*)

V. In Romanorum nuptiis PUBLICA HONESTAS sive PUDOR inspicitur (*L. 14*, § 2, ff. *de rit. nupt.*) Hujus ratione prohibentur nuptiæ inter patrem et sponsam filii, inter filium et sponsam patris (*L. 12*, § 1 et 2, ff. *de rit. nupt.*) — Prohibentur etiam inter te et filiam uxoris quondam tuæ post divortium susceptam ex alio marito. (*Inst.* § 9. — *L. 12*, § 3, ff. *cod.*)

Tanquàm *noxie* prohibentur etiam nuptiæ: christiani cum Judeâ vel contrâ (*L. 6*, *C. de jud.* 1, 9). — Clericorum et eorum qui se obstrinxerunt voto castitatis (*L. 45*, *C. de episc. et cleric.*, etc., 1, 2.) — Raptoris et raptæ virginis vel viduæ (*L. un.*, *C. de rapt. virg.* 9, 13.) — Ejus qui in adulterio inventus fuit cum adulterâ (*L. 40*, ff. *ad leg. Jul. de ad.* 48, 5.) — Præsidis vel alius cujuscumque qui officio publico præest in provinciâ cum muliere provinciali (*L. 38*, 57 et 63, ff. *de rit. nupt.*) — Tutoris, curatorisve, vel filii ejus aut nepotis cum pupillâ aut adultâ, rationibus nondum redditis (*L. 66*, ff. *de rit. nupt.* — *L. 1* et seq., *C. de interdicto matrim. inter pup. et tut.*, etc., 5, 6.) Nisi pater ipse pupillam uni horum testamento destinaverit (*L. 36* et 66, pr. ff. *de rit. nupt.*)

VI. Dicendum nunc est quibus modis contrahébantur nuptiæ apud Romanos, et quæ erat ex eorum legibus mariti et uxoris conditio.

Olim vir erat caput familiæ et dominium plenissimum habebat in omnem familiam. Mulier, propter sexûs infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam in perpetuâ manebat tutelâ (GAIUS, *Inst. comm.* 1, § 190. — ULPIAN *reg.* 11, § 1), ex quâ cadebat nuptiis in manum mariti, transibat in ejus familiam et jus filiæ nanciscebatur (GAIUS, *Inst. comm.* 1, § 115). Sicuti porrò patri liberos aliis venundare, mancipare et in adoptionem dare jure licebat, ita et Romanos uxores aliis cessione ac veluti vendidisse legimus. Testantur Plutarchus, Tacitus, Dio, Catonem Uticensem uxorem Mar-

ciam despondisse Hortentio; Augusto Tiberium Neronem Liviam uxorem etiam prægnantem cecidisse. Utî verò pater acquirebat per filium, ita et maritus per uxorem quam habebat in manu (GAIUS, *Comm.* 3, §. 163. — ULPIAN *regul.* 19, § 18). Deniquè uti liberi hæredes sui, uxor quoque quæ filix loco erat, sua hæres fiebat (GAIUS, *Inst. comm.* 3, § 3), ei proindè ac filix tutorem testamento maritus dare poterat (GAIUS *Inst. com.* 1, §§ 148 et *seq.*)

In manum verò feminæ conveniebant tribus modis: confarreatione, coemptione, usu (GAIUS, *Inst. comm.* 1, § 100.)

CONFARREATIO pontificium erat conjugium, ex jure divino ortum, quod fiebat per quoddam genus sacrificii, in quo panis farreus adhibebatur, cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus (GAIUS, *Inst. comm.* 1, § 112.)

COEMPTIO, ex jure heroico orta, fiebat per quamdam imaginariam venditionem, adhibitis non minùs quàm quinque testibus civibus romanis puberibus et libripende (GAIUS, *Inst. comm.* 1, §§ 113 et 114.)

USUS, ex jure civili descendens, quo femina velut annuâ possessione usucapiebatur, virique in familiam transibat, filixque locum obtinebat. Itaque lege XII Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinotio abesset, atque ita usum sui corporis cujusque anni interrumperet (GAIUS, *Inst. com.* 1, § 111.)

Jam tempore Gaii, qui Marco Aurelio regnante florebat, usus partim desuetudine, partim legibus sublatus fuerat; confarreatio fiebat tantum ad solemnes nuptias quorundam sacerdotum (GAIUS, *Inst. comm.* 1, §§ 111 et 112), et tempore Justiniani nec usus, nec confarreatio, nec coemptio, nec manus amplius vigeant. Nuptiæ nihil aliud erant quàm contractus juris gentium et juris civilis qui consensu perficiebatur (*L.* 30, ff. *de reg. jur.* 50, 60. — *L.* 6, ff. *de rit. nupt.* — *L.* 9, *C. de nupt.*)

§ 3.

De his quæ in nuptiis Romanorum ad jus publicum spectabant.

Conjugium est fundamentum familiæ; et familia apud Romanos fuerat fundamentum civitatis; plura itaque in nuptiis vigeant præcepta quæ ad jus publicum spectabant.

I. Antiquissimis temporibus jus nuptiarum commune non habebant plebei cum patriciis. Lex etiam XII Tabularum statuerat ne connubii patribus cum plebe jus esset. Nefas ac sacrilegium proximum videbatur patriciis auspicia et sacra, quorum uxores fiebant participes, plebi evulgari et fieri promiscua. Tandem post crebras discordias, obtinuit

Canuleius tribunus plebis , anno Urb. Cond. C.C.C.X. , ut ea lex abrogaretur et ex plebiscito promiscuus conjugiorum usus inter patres plebeiosque permitteretur. Ex eo tantum tempore nec patricii plebeianarum , nec plebei patriciarum nuptiis abstinerunt (*LIVIUS, lib. 4, cap. 6*).

II. Usque ad extrema Reipublicæ tempora omnes ordines à nuptiis libertinarum abstinerant , neque eas dignas civium romanorum amplexibus judicaverant , quæ vix è servili conditione emersissent. Augustus verò plebeis tantum earum nuptias permisit , quoniam masculi ingenui numerum feminarum ingenuarum multum antebat , ut ait *DIO CASSIUS (lib. 54)*. Sed lege Juliâ prohibebantur senatores liberique eorum uxores ducere libertinas et quæ ipsæ , quarumve pater materve , artem ludicram fecerit ; item corpore questum facientem (*ULPIAN. XIII, 4. — L. 42 et 44, ff. de ritu nupt.*) Infamiæ enim apud Romanos notabantur qui artis ludicræ pronuntiandive causâ in scenam prodiissent. (*L. 1, ff. de his qui nat. infam. 3, 2*). Filiæ etiam senatorum et neptes ex filiis prohibebantur nubere libertinis iisque qui ipsi , quorumve parentes , artem ludicram fecerint (*L. 44. pr. ff. de rit. nupt.*)

Cæteris ingenuis nuptiæ sunt prohibitæ , cum iis quæ palam questum corpore fecerint , vel cum lenis , à lenone manumissis , iudicio publico damnatis , in adulterio deprehensis , quæ artem ludicram faciant aut fecerint (*L. 23, L. 43, ff. de ritu nupt.*). Romæ extrâ legum civilium pœnam fuit earum crimen quæ questum corpore faciebant modò questûs illius turpitudinem professæ sint apud ædiles qui earum nomen in albo inscribebant. Itaque jure ac dignitate matronali exsolutæ loco tunicæ togam sumebant , quam *GAIUS vestem meretriciam* vocat (*L. 15, § 15, ff. de injur. et fam. 47, 10*) , omnium expositæ ludibrio et tributo turpi jam à Caligulæ temporibus obnoxie. Hinc satis videtur ratio cur Augustus noluit ingenuum sanguinem istorum prostibulorum contagione contaminari.

Hæc omnia ex lege Juliâ et Papiâ Poppæâ , cujus tamen capita priora primum à Marco imperatore. (*L. 16, p. ff. de rit. nupt.*) , postea à Constantino confirmata et aucta (*L. 4, c. de nut. , lib. 5, 27*) , abrogavit Justinus in gratiam Justiniani. Quum enim Justinianus à Justinio adoptatus deperiret amore Theodoræ scenicæ neque eam dedecorè , salvâ lege Papiâ Poppæâ et Constantini constitutione , uxorem ducere posset , facile persuasit Justino seni decrepito ut , editâ constitutione , illud Constantini edictum tolleret et clarissimis viris cum mulieribus scenicis nuptias concederet. Res ita se habuit ut refert Procopius et hæc constitutio extat in Codice. (*C. , L. 23, de nupt.*) ubi tribuitur Justiniano quamvis edita sit à Justino seniore ut demonstrat *HEINECCIUS* in eximio commentario *ad legem Jul. et Pap. Pop.* , *L. 2, cap. 2, §. 4*. Justinianus ipse , deinde plurimis constitutionibus , ratas esse voluit nuptias senatorum cum scenicis mulie-

ribus, dotali instrumento confecto, et abrogavit Constantini constitutionem ut ignominia sui matrimonii cum Theodorâ eo minueretur (*L. 29, c. de nupt. — L. 33, c. de episcopali aud. 1, 4. — Nov. 117, cap. 6. — Nov. 78, cap. 3 et Nov. 51*) (1).

III. Mollities et luxus invaserant Romam in ultimis temporibus Reipublicæ, et nullus populus magis à nuptiis abhorrebat quàm Romanus, seu quia vagas libidines matrimonio antefendas, tunc Romani existimabant, seu quod, ob luxum feminarum incredibilem, nollent alere reginas patrimonii voragines, certissimas fundi calamitates. Quamobrem nec mirum est imperatores tot pœnas celibatui atque orbitati, tot præmia nuptiis ac parentibus constituisse; quòd præcipuè legibus JULIA *de maritandis ordinibus* et PAPIA POPPÆA factum est. Rempublicam bellis civilibus pecuniâ et hominibus exhaustam, his legibus restituere tentavit Augustus, sed vanæ evanescentes cùm publici mores deessent. Ex sententiâ HEINECCI lex *Julia de maritandis ordinibus* lata fuit anno Urb., c. 757 et lex *Papia Poppæa* anno 762, *Mario Pappio Mutilo et Q. Poppæo Sabino* consulibus. De his notatum fuit cælibes ambos esse quamvis liberos habentes in consulatûs petitione præferebantur, quod demonstrat quantum cælibatûs amor invaserat mores, tempore Augusti. Harum legum celeberrimarum plurima erant capita præmia, privilegia, et immunitates eis qui nuptias contraxerant et qui liberos habebant concedentia, pœnas contrâ cælibes et orbos decernentia. Imponebant omnibus obligationem ducendi uxores, à successione amoventes et etiam fiscalibus pœnis mulctantes qui contrâ earum præcepta in cælibatu remanerent.

Postea, cum christiana religio cælibatum commendaverit, abrogatæ fuerunt hæ leges Constantini constitutione quæ reperitur in Codice (*L. 1, c., de infirm. pœn. cælib. et orb. 8, 58*), et aliâ Justiniani constitutione quâ pœnas in favorem fisci adversus cælibes et orbos statutas abolevit (*C. de caducis tollend. 6, 51*).

Nunc his quæ diximus de Romanorum nuptiis, hæc tantùm addenda sunt.

I. Secundæ nuptiæ non quidem prohibitæ, nisi quatenus sanguinis turbandi peri-

(1) Hæc leguntur in Codicibus BASILICIS quorum auctoritas, suppressis Justiniani libris, in Oriente permansit usquè ad finem imperii græci: « Legem autem per quam conjugia » mulierum quas lex ipsa *viles* appellavit, *cum quibusdam viris dignitate decoratis* » prohibentur, nullo penitus modo tenere permittimus: sed licentiam damus volentibus, » *etiamsi magnis dignitatibus lætentur*, tales mulieres, dotalibus instrumentis confectis, » sibi copulandi. Cæteri autem, præter eos qui magnis dignitatibus condecorati sunt, » facultatem habeant tales mulieres ducendi, vel instrumentis interpositis, vel solâ affec- » tione maritali, si modò liberi sint et cum quibus connubium. (BASILICIS, *const. 47, de nuptiis, 28, 47*).

culum inest; sed tamen parùm laudabiles visæ sunt Romanis, maximè ob prioris matrimonii liberos quibus sæpè noxiæ sunt. Maritus, soluto matrimonio, statim ad secundas nuptias transire poterat; mulier verò, post annum elapsum, ne sanguinis fieret turbatio et quia maritum lugere tenebatur (*L. 2, c. de secund. nup. 5, 9. — L. 11, ff. de his qui not. infam. 3, 2*); si uxor citùs ad novas nuptias festinaverit pœnis coerceretur et infamiam subigebat (*L. 1 et 2, c. de secund. nupt. 5, 9. — L. 1, ff. de his qui not. inf. 3, 2*). Diversæ aliæ pœnæ in secundas nuptias reperiuntur constitutæ, de quibus hic non dissertandum est.

II. Nuptiæ, contrà præcepta legum initæ non nuptiæ sunt, adeò ut nec vir, nec uxor, nec dos, nec liberi legitimi intelligantur (GAIUS, *inst. comm. 1, § 64. — Just. de nupt., § 12. — L. 5, c. de legib. 1, 14. — L. 23, ff. de stat. hom. 1, 5*). Pœnis arbitrariis adfici possunt qui prohibitas nuptias contrahunt (*L. Ult., ff. de rit. nupt. — LL. 4 et 6, c. de uncert. et inut. nupt. 3, 5. — Nov. 12, cap. 1*).

DE CONCUBINATU.

(FF. De concubinis, lib. 35, tit. 7. — C. de concubinis, lib. 5, tit. 26).

I. Cùm leges Julia de maritandis ordinibus et Papiæ Poppææ justas nuptias non permitterent inter senatores et eas quæ vilis conditionis haberentur, introductus fuit concubinatus, qui nihil apud Romanos inhonesti et illiciti habebat et qui sic definiri potest: *Conjunctio maris et feminae imparis conditionis licita, effectus nuptiarum civilibus destituta, seu INÆQUALE CONJUGIUM* (*L. 3, c. de nat., lib. 5, 27*). Concubina enim uxoris loco est (*L. 144, ff. de verb. sig. 50, 16*) et ab uxore solo dilectu et animi destinatione dignitateque differt (PAULI, *sent. II, 20*).

II. Cujuscumque ætatis concubinam quis habere potest, modò non minor sit duodecim annis (*L. 1, §. 4, ff. de concub. 25, 7*).

III. Libertinæ, publico judicio damnatæ, quæstum corpore facientes, ancillæ, obscuro loco natæ, mulieres hujus provinciæ in quâ vir administrat, possunt in concubinato esse, non verò ingenuæ honestiores sine testatione hoc manifestum faciente. (*L. 1, §. 1, 2; l. 3, l. 5, ff. de concub. — L. 16, ff. de his. quæ ut. ind. 34, 9*).

IV. Cùm concubinatus legibus naturalibus non solutus sit consequens est ut qui ob cognationem vel adfinitatem in matrimonio esse non possent, nec in concubinato esse permitterentur (*L. 1, § 3, ff. de concub. — L. 56, ff. de rit. nupt.*).

V. Constante matrimonio concubinam habere non licet (PAULI, *Sent. II, 20. — L. un. C. de concub.*), nec plures simul concubinas (*Nov. 18, cap. 5*).

VI. Concubinatus effectis nuptiarum civilibus destituitur; undè liberi ex eo nati nec legitimi sunt, nec pars familiæ paternæ; naturales vel nothi dicebantur, non tamen spurii aut vulgò quæsitii et matrem sequebantur (*L. 23, L. 24, ff. de stat. hom. 1, 5. — L. L. 3 et 5, de nat. lib., c. 5, 27. — L. 5, c. ad senat. orfitian., 6 56.*).

DE MATRIMONIO.

Conjugium peregrinorum effectibus juris civilis Romanorum destitutum propriè MATRIMONIUM vocabatur, et jure gentium tantùm regebatur. Indè qui ex eo conjugio nascitur, jure gentium matris conditionem sequitur (*GAIUS, Inst. comm. 1, § 80 et 81. — ULPIAN., frag. V, 9*). — Indè etiam quamvis injusta ex matrimonio uxor dicatur, accusationem adulterii vir instituere potest (*L. 13, ff. ad leg. Jul. de adult. 48, 5. — Collat. leg. mosaïc. et Rom. IV, 5*).

DE CONTUBERNIO.

Conjugium servorum destitutum omninò erat effectibus civilibus, et vocabatur CONTUBERNIUM (*L. 3, c. de incest. nupt. 5, 5*). Partus eà conjunctione natus sequebatur matrem (*L. 24, ff. de stat. hom. 1, 5*). — Nulla ob violatum contubernium adulterii erat persecutio (*L. 23, c. ad leg. Jul. de adult. 9, 9*). — Nec propriè parricidii accusatio (*L. 12, ff. de custod. et exhib. reor. 48, 2*).

CODE CIVIL.

DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES.

(Livre 3, Titre 18).

L'affectation des biens du débiteur est la conséquence rationnelle des engagements qu'il a contractés. Le code civil n'a donc fait que consacrer un principe qui émane du droit naturel, en déclarant que celui qui s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous les biens qu'il possède et sur tous ceux qu'il pourra acquérir (2092). Déterminer l'étendue de ce droit et le mode le plus avantageux de l'exercer, tel est l'objet de la législation hypothécaire.

Si on veut remonter à son origine, il est assez facile d'apercevoir la progression des idées qui ont pu conduire aux règles généralement admises aujourd'hui. L'affectation des biens du débiteur se trouvait illusoire lorsqu'il les avait aliénés; de là la nécessité d'avoir recours à des moyens propres à procurer des garanties plus amples que celles qu'offrait la possession toujours incertaine de celui qui conservait la faculté d'aliéner. La voie la plus sûre et la plus simple qui devait s'offrir, était celle du gage par nantissement qui place dans les mains du créancier l'objet qui lui assure son paiement. La gêne qu'occasionne la dépossession du débiteur, lors surtout qu'il s'agit d'un immeuble donné pour gage, dut amener à l'engagement des fonds par le seul effet de la convention sans abandon de la possession. La date des obligations put servir à déterminer l'étendue des garanties que les immeubles du débiteur avaient pu successivement offrir à chacun de ses créanciers. Telle fut l'origine de l'hypothèque qui ne dut s'introduire dans les législations qu'après le nantissement ou l'antichrèse dont elle offre une imitation (1). Parmi les systèmes divers qui ont, à son égard, suscité des débats entre les légistes, il en est trois dont on s'occupa principalement au conseil-d'état, lors de la rédaction du code civil et qui méritent d'être brièvement énoncés.

(1) « Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil » interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur, sed in aliis differentia est: nam pignoris » appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam quæ sine traditione nudâ conventionem tenetur, propriæ » THECÆ appellatione contineri dicimus. » (Inst. de action. § 7. — L. 9, § 2, ff. de pig. act. 13, 7.)

Le premier de ces systèmes est celui qui, autrefois, formait le droit commun en France. Il attache aux créances des causes de préférence fondées, soit sur leur nature, soit sur l'authenticité et la date des contrats sans aucune voie de publicité. Ce système n'offre aux prêteurs et aux acquéreurs aucun moyen de connaître la position de celui avec lequel ils traitent, et la mesure des garanties que peuvent leur offrir ses biens. Il ne laisse pour base au crédit que la confiance.

Le deuxième système est fondé sur une complète publicité. Il a pour objet de rendre notoires à tous les engagements qui grèvent chacun des immeubles du débiteur, et l'étendue des garanties qu'ils peuvent offrir. C'est celui qui fut consacré par la loi du 11 brumaire an VII. Cette loi n'accordait d'affectation hypothécaire que sur les biens présents du débiteur, et assujettissait toutes les hypothèques à la publicité, au moyen de l'inscription qui seule fixait leur rang.

Le troisième système offre une combinaison des deux premiers. Il consacre comme droit commun le principe de la publicité et de la spécialité, en accordant cependant aux mineurs contre leurs tuteurs et aux femmes mariées une hypothèque générale, dont l'existence occulte est indépendante de toute inscription. C'est celui que les rédacteurs du code civil ont embrassé après de longs débats, et dont nous allons retracer les principales règles.

Tous les biens du débiteur sont, sous ce régime, le gage commun de ses créanciers, et le prix en est distribué entre eux par contribution, à moins qu'il n'existe des causes légitimes de préférence (2093). Ces causes légitimes de préférence sont les *privilèges* et les *hypothèques*.

DES PRIVILÈGES.

Lorsque le gage commun des créanciers est insuffisant pour acquitter toutes les dettes, il est certaines créances qui, à raison de leur nature, de leur cause et des circonstances dans lesquelles elles ont été contractées, méritent d'être acquittées avant toutes autres. Tel est le fondement du PRIVILÈGE que le code définit : « Un droit que la *qualité* de la » créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires (2095). »

Il résulte de cette définition que la préférence entre divers créanciers privilégiés se détermine par les différentes qualités des créances auxquelles des privilèges sont attachés et non par leur ancienneté (2096). Les créances privilégiées, auxquelles le même rang est assigné, sont payées par concurrence (2097). « PRIVILEGIA non ex tempore » *æstimantur sed ex causâ*, et si ejusdem fuerint tituli, concurrunt; licet diversitas temporis in his fuerit (*L. 32. ff. de reb. auct. jud. possid.*, 42, 5).

Les privilèges peuvent frapper sur les meubles ou sur les immeubles (2099). Ils affectent *réellement* l'immeuble qu'ils grèvent et ils le suivent en quelques mains qu'il passe. Ils ne sauraient jouir de ce droit de suite sur les meubles qui passent trop facilement dans des mains diverses, et ils ne peuvent être exercés sur des objets mobiliers qu'autant que le débiteur les détient ou n'en a pas encore valablement transféré la propriété.

Les privilèges peuvent n'affecter que certains objets spécialement engagés au paiement de certaines créances ; ils peuvent aussi affecter la généralité des biens (2100).

§ 1^{er}.

Des privilèges généraux sur les meubles.

Les privilèges qui s'étendent sur la généralité des meubles du débiteur sont énumérés dans l'article 2101 du code civil, et s'exercent suivant l'ordre dans lequel ils y sont classés.

§ 2.

Des privilèges sur certains meubles.

Ces privilèges sont énumérés dans l'article 2102 du code civil qui ne règle pas l'ordre dans lequel ils doivent concourir entre eux, parce qu'il est difficile de prévoir leur concours et qu'on doit dans ce cas déterminer la préférence d'après la nature et la cause de chacune des créances, en faveur desquelles ils sont établis.

§ 3.

Des privilèges sur les immeubles.

Les créances auxquelles la loi accorde des privilèges sur les immeubles sont celles : 1^o du vendeur sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix ; 2^o du prêteur des fonds qui ont servi à acquérir l'immeuble ; 3^o des cohéritiers sur les immeubles de la succession pour les droits et obligations résultant du partage ; 4^o des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, pour le montant des constructions et réparations des immeubles dans les limites et sous les conditions énoncées dans la loi ; 5^o du prêteur de fonds pour le paiement ou remboursement des ouvriers. Ces privilèges sont tous spéciaux. (Art. 2103).

§ 4.

Des privilèges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles.

Ces privilèges sont ceux énumérés dans l'article 2101 du Code civil (art. 2104) ; ils obtiennent la préférence sur ceux énoncés dans l'art. 2103, mais ce droit ne leur est accordé qu'après discussion préalable du mobilier (2105).

§ 5.

Des formalités établies pour la publicité et la conservation des privilèges qui grèvent les immeubles.

Dès que les privilèges établissent une affectation réelle de l'immeuble qui le suit dans les mains des tiers (2166), et que le système de la publicité forme la base de notre régime hypothécaire, il devient nécessaire de les manifester aux tiers. Tel est le but de l'inscription à laquelle ils sont assujettis par l'art. 2106 du Code civil. La loi n'exempte de la formalité de l'inscription que les créances énoncées dans l'article 2101, qui, à raison de leur peu d'importance, ne devaient pas y être assujetties, lors surtout qu'elles ne frappent qu'éventuellement sur les immeubles (2107). Il importe cependant de faire remarquer que la dispense d'inscription ne peut avoir lieu qu'à l'égard des autres créanciers et relativement à l'action sur le prix qui doit être l'objet d'un classement entr'eux ; car il devrait en être autrement vis-à-vis du tiers-détenteur qui aurait fait transcrire son contrat d'acquisition et qui, à défaut d'inscription dans la quinzaine, se serait libéré de son prix : d'après les articles 834 et 835 du Code de procédure, après l'expiration de la quinzaine à partir de la transcription, l'immeuble se trouve libre de tout privilège non inscrit.

Le privilège résulte de la qualité de la créance ; l'inscription n'a pour objet que de le manifester, que de le mettre en action. Il exerce donc la plénitude de ses prérogatives dès qu'il est inscrit, et la principale est celle de primer les créances hypothécaires (2095). Ce n'est donc pas la date de son inscription qui fixe son rang, mais bien la nature de la créance à laquelle il est attaché ; d'où suit qu'il remonte à la date de l'acte qui le produit et qu'il passe avant les créances dont l'inscription était antérieure en date à la sienne.

Le Code retrace dans les articles 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, les règles

particulières relatives à l'inscription des privilèges et aux délais dans lesquels elle doit être faite. Il attache à toutes les créances privilégiées le double avantage d'un *privilège* accordé à la faveur de la cause et d'une *hypothèque* légale qui, en cas de déchéance du privilège, date, à l'égard des tiers, de l'époque de l'inscription qui peut toujours être faite (2113).

DES HYPOTHÈQUES.

Le Code civil définit l'HYPOTHÈQUE, « un droit *réel et indivisible* sur les immeubles » affectés à l'acquittement d'une obligation. » Elle suit l'immeuble sur lequel elle est assise, en quelques mains qu'il passe (2166), et selon l'expression des anciens jurisconsultes *ci adhæret ut lepra cuti*. Elle est de sa nature *indivisible*, c'est-à-dire qu'elle subsiste en entier et pour la totalité de la créance sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque partie de ces immeubles, *est tota in toto et tota in qualibet parte*.

L'hypothèque est *légale*, *judiciaire* ou *conventionnelle*, selon qu'elle résulte de *la loi*, des *jugements* ou autres actes judiciaires ou des *conventions* (2117).

Elle ne peut pas être établie sur des meubles (2119), et la loi déclare seuls susceptibles d'hypothèques :

1° Les *immeubles* qui sont dans le commerce et *leurs accessoires* réputés immeubles (520 et suivants).

2° L'*usufruit* des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée (2118).

§ 1.

Des Hypothèques légales.

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE est établie par la loi qui supplée aux conventions par lesquelles les parties l'auraient stipulée; elle frappe sur tous les immeubles appartenant au débiteur et sur ceux qu'il acquiert dans la suite, à mesure qu'il en devient propriétaire (2122), à moins de convention contraire dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi (2140, 2142).

Les droits et créances auxquels elle est attribuée sont énoncés dans l'art. 2121 du Code civil. — Les légataires et créanciers d'une hérédité ont de plus une hypothèque légale sur les biens de la succession affectés au paiement des charges qui les grèvent, en vertu des art. 1009, 1012, 1017 du Code civil. — La masse des créanciers d'un failli a aussi, en vertu des art. 500 du Code de commerce, une hypothèque établie par la loi sur les immeubles appartenant au failli.

§ 2.

Des Hypothèques judiciaires.

L'hypothèque judiciaire résulte des jugements de toute sorte, rendus par les tribunaux Français et qui imposent à l'une des parties une obligation envers l'autre. Quant aux jugements rendus par les tribunaux étrangers, ils ne confèrent l'hypothèque qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal du royaume.

L'hypothèque judiciaire s'étend sur tous les biens que possède le débiteur et sur tous ceux qu'il pourra acquérir (2123).

§ 3.

Des Hypothèques conventionnelles.

L'hypothèque conventionnelle est celle qui est établie par les conventions, et comme elle constitue une aliénation, elle ne peut être consentie que par ceux qui ont capacité pour aliéner (2124, 2126, 428, 457); elle est soumise aux conditions auxquelles sont assujettis les droits de ceux qui la constituent (2125), et comme l'acte qui l'établit doit faire foi à l'égard des tiers, elle ne peut être consentie que par acte authentique (2127).

Le principal caractère de l'hypothèque conventionnelle est la *spécialité*; elle ne peut être valablement établie qu'autant que l'acte constitutif de la créance ou un acte authentique postérieur, a énoncé la nature et la situation de chacun des immeubles affectés. Elle ne frappe pas les biens à venir (2129), mais elle s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble spécialement hypothéqué (2133).

Néanmoins si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en déclarant cette insuffisance, convenir que les biens qu'il acquerra dans la suite demeureront affectés à mesure des acquisitions (2130).

§ 4.

Du rang que les hypothèques ont entr'elles. — De leur inscription ainsi que de celle du privilège. — De la publicité. — Des registres et de la responsabilité des conservateurs.

En adoptant pour base du système hypothécaire la *publicité*, les rédacteurs du Code civil placèrent quelques exceptions en face de ce principe. De là est ré-

sulté un régime mixte qui reconnaît des hypothèques occultes et des hypothèques apparentes, système dont il importe de bien saisir les règles.

Ainsi que nous venons de le dire, la publicité est le principe général auquel il n'a été dérogé que pour quelques cas particuliers. L'inscription des créances hypothécaires sur des registres ouverts au public est le mode adopté pour la procurer. — Aussi le législateur donne pour première règle, que toute hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur (2134), et que les créances inscrites le même jour concourent entre elles (2147). Viennent ensuite les exceptions à ce grand principe et tout en accordant rang à certaines hypothèques sans inscription, la loi exprime le vœu de les rendre publiques, impose certaines obligations qui n'ont pas répondu à son attente, pour en assurer l'inscription (2136, 2137, 2138).

Les hypothèques dont l'existence est indépendante de toute inscription, sont celles que la loi accorde aux *mineurs* et aux *interdits* sur les biens de leurs tuteurs à raison de leur gestion et celles des *femmes* pour raison de leur dot et conventions matrimoniales sur les immeubles de leurs maris. Lorsque ces hypothèques sont inscrites, ce n'est pas du jour de l'inscription qu'elles prennent leur rang, mais bien de celui où elles ont pris naissance, suivant les règles tracées par l'art. 2135.

L'intérêt des mineurs et des interdits et l'impuissance dans laquelle ils sont de veiller à la conservation de leurs droits, a déterminé la première de ces dispositions.

La seconde est adoptée par cette considération, que les intérêts de la femme devaient être préférés à la sûreté des acquéreurs et des prêteurs. — On lit, dans le procès-verbal de la séance du conseil d'état du 19 pluviôse an XII, ces réflexions remarquables : « LE PREMIER CONSUL pense que les hypothèques de la femme seront » bien plus certaines, si pour les conserver *il lui suffit de ne pas y renoncer*, que » *s'il lui fallait, pour en obtenir l'effet, agir et prendre des inscriptions*. On sait » qu'en général les femmes refusent avec beaucoup de fermeté de signer tout acte » qui peut compromettre leur dot; qu'au contraire elles sont peu capables de faire » des démarches et de conduire leurs affaires » (1). On adopta donc en principe que la femme ne serait tenue de faire aucune diligence pour s'assurer des droits hypothécaires contre son mari.

La faillite fixe les droits de tous les créanciers. Lorsque la ruine du débiteur menace tous ceux qui ont traité avec lui, nul d'entr'eux ne doit pouvoir acquérir des droits au préjudice des autres; le sort de tous doit être égal dans ce naufrage com-

(1) LOCRÉ, législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. 16, p. 216.

mun. Tel est le principe qui a dicté les dispositions de l'art. 2146, d'après lesquelles nulle hypothèque ne peut être valablement inscrite dans les dix jours qui précèdent l'ouverture d'une faillite (443 C. de comm.), ou depuis l'ouverture d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ; peut-être le législateur a-t-il dépassé les bornes rationnelles de cette règle en l'étendant aux privilèges.

Les articles 2148, 2149, 2150, 2152, 2153, 2154, 2155 du Code civil retracent le mode d'opérer les inscriptions, l'obligation de les renouveler tous les dix ans, les formalités auxquelles elles sont assujetties et les énonciations qu'elles doivent contenir. Sur ce dernier point toute omission qui pourrait avoir pour résultat d'induire des tiers à erreur et de leur causer du préjudice, emporterait nullité.

Le créancier inscrit pour un capital, a droit d'être colloqué pour deux années seulement d'intérêts et pour l'année courante au même rang d'hypothèque que pour son capital ; il est assujetti à faire des inscriptions successives qui ne lui donnent rang qu'à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription (2154). Cette disposition limitée aux hypothèques, n'est pas applicable aux arrérages des créances privilégiées qui doivent toujours être allouées en totalité au même rang que le capital, parce que ces créances ont, comme nous l'avons vu, leur rang assuré, indépendamment de la date de l'inscription. Elle n'est pas non plus applicable aux hypothèques légales dont l'existence, pour la totalité de la créance en capital et intérêts, est indépendante de l'inscription.

Les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, sont intentées par exploit fait à leur personne ou au dernier des domiciles élus sur les registres (2156, 2159).

Les conservateurs sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits et des inscriptions qui existent sur leurs registres ; ils sont responsables du préjudice qu'ils pourraient occasioner par tout retard ou par toute omission (2196 à 2203).

§ 5.

De la restreinte, de la réduction et de la radiation des inscriptions.

Les hypothèques générales qui frappent tous les biens présents et à venir des tuteurs et des maris peuvent, sur leur demande, être restreintes aux immeubles suffisants pour opérer pleine garantie aux mineurs et aux femmes, en suivant la marche tracée à cet effet (2143, 2144, 2145).

Lorsque les hypothèques générales non conventionnelles, sont inscrites sur plus de

domaines différents que ne l'exige la sûreté des créances, les débiteurs peuvent demander la réduction des inscriptions pour ce qui excède la proportion convenable (2161, 2162, 2165). L'inscription seule dans ce cas est réduite; mais le droit hypothécaire est conservé et pourrait se reproduire si des circonstances ultérieures venaient à l'exiger. Dans le cas, au contraire, des articles 2143 et 2144, c'est l'hypothèque qui est éteinte, et les immeubles en sont définitivement affranchis.

Les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles et indéterminées, peuvent aussi être réduites lorsqu'elles excèdent ce qu'exige l'intérêt du créancier concilié avec celui du crédit du débiteur (2163, 2164).

La radiation des inscriptions s'opère, selon qu'elle est *volontaire* ou *forcée*, ou en vertu d'un acte authentique constatant la main-levée donnée par le créancier, ayant capacité à cet effet; ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée (2157, 2158, 2160, 548 C. de proc.), ou en vertu de l'ordonnance du juge commissaire chargé de la confection d'un ordre dans les cas prévus par les articles 759, 767, 773 et 774 du C. de proc. civ.

§ 6.

De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers-détenteurs.

Nous avons dit que l'objet du privilège et de l'hypothèque est d'engager l'immeuble en faveur du créancier, et d'en laisser en même-temps la jouissance et la disposition au débiteur; s'il vient à l'aliéner, les charges hypothécaires dont il est grevé le suivent dans les mains des tiers pour procurer aux créanciers leur paiement, suivant l'ordre de leur créance ou inscriptions (2167).

Si l'acquéreur paie le montant des créances dont l'immeuble qu'il possède est grevé, la loi le subroge de plein droit au lieu et place des créanciers qu'il désintéresse (1251, 2^o et 3^o) et par l'effet de cette subrogation, il peut non seulement agir contre le débiteur principal, mais encore contre tout détenteur d'autres biens soumis à l'hypothèque au prorata de ce que chacun d'eux et lui-même possèdent d'héritages hypothéqués à la dette pour éviter un circuit d'actions.

S'il n'acquitte pas le montant des créances inscrites et exigibles, chaque créancier peut exercer contre lui l'action hypothécaire de la manière suivante: il doit notifier au débiteur originaire, obligé personnellement, un commandement trentenaire revêtu des formalités prescrites par l'art. 673 du C. de proc. civ. Il signifie ensuite au tiers

détenteur une sommation de payer la dette ou de délaisser l'immeuble. Cet acte a pour effet de le rendre comptable des fruits qui sont immobilisés à partir du jour où il est notifié, pourvu que les poursuites ne soient pas abandonnées pendant trois ans (2476).

Lorsque le créancier qui a fait cette sommation n'est pas privilégié, ou que son hypothèque n'est pas spéciale, le tiers-détenteur qui ne s'est pas obligé personnellement, peut exiger la discussion des autres fonds hypothéqués à la même créance qui sont possédés par le principal obligé (2470).

Si le tiers-détenteur ne peut pas libérer par ce moyen l'immeuble et s'il ne paie pas les créances inscrites, il doit, ou remplir les formalités dont nous allons parler pour purger les privilèges et hypothèques, ou délaisser l'immeuble hypothéqué, ou en subir sur sa tête l'expropriation.

I. *Du mode de purger les privilèges et hypothèques.* — Les hypothèques qui grevent l'immeuble, peuvent être *occultes* ou *apparentes*.

Les hypothèques *occultes* peuvent être purgées au moyen du dépôt du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens, des affiches, insertions dans les journaux et notifications faites à la femme, au subrogé-tuteur et au procureur du roi, ainsi que le prescrivent les dispositions des art. 2493, 2494 du Code civil, et l'avis du conseil d'état du 4^e juin 1807. — S'il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmes ou des mineurs dans les deux mois, l'immeuble reste libre, entre les mains du tiers-détenteur, de toute hypothèque occulte (2495).

II. *Du mode de purger les privilèges et hypothèques* *inscrites*. Les privilèges et les hypothèques ont pour objet d'être convertis en une action sur le prix de l'immeuble qu'ils affectent; cet immeuble doit donc être libéré au moyen du paiement de sa juste valeur aux créanciers, selon l'ordre que leur assignent leurs inscriptions. C'est dans le triple but de fixer la valeur de cet immeuble, de procurer aux créanciers leur paiement, et d'éteindre les hypothèques dont il est grevé, qu'ont été tracées les formalités suivantes :

1^o Le tiers-détenteur qui veut purger l'immeuble doit faire transcrire son titre translatif de propriété au bureau des hypothèques de la situation des biens, avant toute poursuite ou dans le mois au plus tard, à compter de la sommation à lui notifiée, dont nous avons parlé (2469, 2479, 2481, 2483). — L'effet de cette transcription est d'obliger tous créanciers porteurs de titres antérieurs à la transmission de propriété et emportant privilège, hypothèque judiciaire ou conventionnelle sur l'immeuble, à s'inscrire dans le délai de quinzaine, sous peine d'être déchu (834, C. de proc. civ.)

2° Dans le mois encore à compter de la sommation qui lui a été faite en exécution de l'art. 2169, ou à sa volonté s'il n'a pas été sommé, le tiers-détenteur doit faire signifier aux créanciers, aux domiciles élus dans leurs inscriptions, un acte contenant extrait de son titre, extrait de sa transcription, un tableau sur trois colonnes des créances inscrites et sa déclaration qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes ou charges hypothécaires exigibles ou non exigibles, jusqu'à concurrence seulement du prix ou de la valeur qu'il fixe aux immeubles s'il est donataire, en faisant ventilation du prix total s'il y a des hypothèques spéciales, ou si des meubles ont été compris dans la vente (2183, 2184, 2192, C. civ.; 832, 833, 836, 837 et 838, C. de pro. civ.)

A suite de cette notification les créanciers examinent si le prix offert leur représente la valeur réelle de l'immeuble grevé et s'ils doivent s'en contenter; dans ce cas et après l'expiration de quarante jours accordés pour surenchérir, l'immeuble est libéré de tout privilège et hypothèque, moyennant la consignation de ce prix ou son paiement aux créanciers en ordre de recevoir (2186, (

III. *Du cas où les créanciers ne se contentent pas du prix offert.* — Si le prix ne satisfait pas les créanciers, tous ceux dont les titres sont inscrits peuvent requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques, dans les quarante jours qui suivent la notification faite par le tiers détenteur, en offrant de porter ou de faire porter le prix à un dixième en sus de celui stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, et en se conformant aux prescriptions des articles 2185, 2187, 2188, 2189 du C. civ.; 833, 836, 837 et 838 du C. de proc. civ. Voy. également la loi du 11 février 1827, qui dispense le trésor public de donner caution, lorsque la surenchère est faite dans son intérêt.

Le créancier qui a requis la mise aux enchères a acquis à tous les autres le droit de faire vendre l'immeuble; en conséquence tout désistement de sa part ne peut, sans le désistement exprès de tous les créanciers, empêcher l'adjudication publique lors même qu'il offrirait de payer le montant intégral de sa soumission (2190.)

Le tiers-détenteur qui est dépossédé à suite de surenchère, ou qui ne conserve la possession de son immeuble qu'en se rendant adjudicataire, éprouve un préjudice par le fait de son vendeur qui aurait dû se libérer, et a un recours contre lui pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé dans son titre, et pour les intérêts de cet excédant qui représente la valeur de la perte qu'il éprouve (1626, 1630, 2191.)

IV. *Du cas où le tiers détenteur déchu de la faculté de purger, ne paie pas les créances inscrites.* — Le tiers détenteur qui n'a pas rempli les formalités que nous venons d'énoncer demeure obligé, en sa qualité, au paiement de toutes les dettes inscrites et jonit des termes et délais accordés au débiteur originaire (2167). S'il ne

paie pas toutes les créances grevant l'immeuble en capitaux et intérêts, chaque créancier inscrit a le droit d'en poursuivre sur sa tête l'expropriation forcée (2168, 2169).

S'il veut éviter les désagréments d'une expropriation, comme il n'est obligé qu'à raison de la détention de l'immeuble, il peut se soustraire à toutes poursuites, au moyen du délaissement de l'objet hypothéqué qu'il effectue par une déclaration faite au greffe, et dont il lui est donné acte par le tribunal de la situation des biens (2172, 2173, 2174). Dans ce cas, sur la demande du plus diligent des intéressés, il est nommé à l'immeuble délaissé un curateur contre lequel l'expropriation est poursuivie (2174). Jusqu'à l'adjudication, le tiers-détenteur peut toujours reprendre l'immeuble, en payant toute la dette et les frais (2173).

Le tiers-détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeuble, a un recours en garantie contre le débiteur principal, et doit obtenir, outre la restitution du prix, des dommages ; intérêts s'il se trouve évincé (2178).

§ 7.

De l'extinction des privilèges et hypothèques.

Les privilèges et les hypothèques s'éteignent, non seulement par l'accomplissement des formalités prescrites aux tiers-détenteurs pour purger les biens acquis et dont nous venons de parler, mais encore dans les cas suivants :

1° Par l'*extinction de l'obligation principale*, car le privilège ou l'hypothèque n'en était que l'accessoire et n'existait que pour en assurer l'exécution.

2° Par la *renonciation* du créancier ayant capacité pour aliéner. Cette renonciation peut être expresse ou tacite. Elle est *expresse*, quand on déclare dans un acte quelconque qu'on renonce à une hypothèque désignée ; elle est *tacite* lorsque, sans être exprimée, elle résulte de certains actes qui en font nécessairement supposer l'existence ; par exemple, si le créancier est intervenu dans l'acte de vente de l'immeuble hypothéqué, et si cet immeuble y est déclaré libre de toutes charges hypothécaires.

3° Par la *prescription* de la créance acquise en faveur du débiteur principal. A l'égard du tiers détenteur, par la prescription de trente ans s'il n'a pas de titre, ou s'il n'est pas de bonne foi (2262) ; par celle de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, s'il a un titre et s'il peut invoquer sa bonne foi. Dans ce cas, la prescription ne commence à courir qu'à partir du jour de la transcription de l'acte d'aliénation, qui seule a pu le faire connaître aux créanciers et les mettre en demeure d'exercer contre le tiers-détenteur l'action hypothécaire. Les inscriptions prises ou renouvelées par les créanciers n'interrompent pas la prescription.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

DES AJOURNEMENTS.

(1^{re} Part. Liv. 2, tit. 2.)

L'ajournement est l'acte par lequel celui qui intente une action appelle son adversaire devant un tribunal de première instance et lui fait connaître ce qui fait l'objet de sa demande.

I. *Par qui l'ajournement doit être notifié* — La loi a attaché à chaque tribunal des huissiers chargés de signifier, dans son ressort, les actes judiciaires, et ayant attribution pour en constater authentiquement la notification (Décret du 14 juin 1813, art. 24)

L'ajournement doit donc être fait par l'un des huissiers immatriculés au tribunal civil du lieu dans lequel la copie en est remise au défendeur.

« L'huissier ne pourra instrumenter, porte l'art. 66 du Cod. de proc. civ., *pour ses* » parents et alliés, et ceux de sa femme, en ligne directe à l'infini, ni pour ses » parents et alliés collatéraux, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; » le tout à peine de nullité. » L'huissier qui refuserait son ministère hors de ces cas et sans motif légitime, pourrait être passible de peines disciplinaires, et serait tenu de tous dommages intérêts (Décrets du 11 juin 1811, art. 85, et du 14 juin 1813, art. 42).

L'huissier, par le fait duquel un exploit est déclaré nul, peut être condamné aux frais de la procédure dont il a occasioné l'annulation, et en des dommages-intérêts, suivant les circonstances (74, 1031).

II. *Devant quel tribunal le défendeur doit être appelé.* — Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit naturellement porter sa demande devant le tribunal du lieu où réside le débiteur et où cette obligation doit être exécutée (1247 C. civ.); mais si l'action a, au contraire, pour objet un droit réel sur un immeuble, c'est alors moins la personne que la chose qui est l'objet des poursuites, *res non persona convenitur*, et la demande doit être portée devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux. C'est pour appliquer ces principes que le Code de procédure distingue trois espèces d'actions qu'il importe de bien définir.

1^o L'action *personnelle*, qui doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur ou de sa résidence, s'il n'a pas de domicile (59, § 4). Les caractères

distinctifs de cette action ont été retracés avec netteté par LOYSEAU (1), en ces termes : « Les actions personnelles sont distinguées par deux marques infaillibles et » différences spécifiques ; l'une concernant *le sujet et matière*, l'autre *leur forme et » conclusion.....* quant *au sujet où résident les actions*, les personnelles suivent » entièrement la personne obligée, *ejusque ossibus adherent ut lepra cuti*, disent » les vieux interprètes, ores mesmes que la chose, à l'occasion de laquelle elles vien- » nent, ait changé de main ; et après la mort de la personne, elles passent en son » héritier, en tant et pourtant qu'il est héritier..... *pour la forme et conclusion....* » aux personnelles on conclut directement contre la personne obligée, à ce qu'elle » soit condamnée *ad dandum vel faciendum quod petitur.* »

S'il y a plusieurs défendeurs, l'unité de l'instance exige qu'ils soient tous assignés au domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur (59, § 2).

2° Les actions *réelles* sont celles « qui suivent entièrement la chose en quelque main » qu'elle passe, continue Loyseau, de sorte qu'estant aliénées par celui qui a fait le » contract, elles laissent là la personne et s'attachent à la chose ; et pareillement le » contractant étant mort, elles ne passent point en son héritier en tant qu'héritier, » ains seulement tout ainsi qu'en un étranger en tant qu'il est détenteur de la chose.... » Aux actions réelles la vraie conclusion est contre la chose, *à ce qu'elle soit dé-* » *clarée appartenir, ou bien être affectée et hypothéquée au demandeur*, qu'on » dit en formule de Droict, *hunc fundum ex jure Quiritum meum esse aio.* »

En matière réelle la demande est portée au tribunal de la situation de l'objet litigieux (59, § 3).

3° La demande peut à la fois avoir pour objet et *l'exécution d'une obligation per-* » *sonnelle et un droit réel* qui se réfèrent à une même chose et qui doivent être con- » jointement réclamés ; dès lors, comme ces deux actions sont connexes, la demande » est considérée comme *mixte* et peut être portée devant le juge de la situation de l'objet » litigieux ou devant le juge du domicile du défendeur (59, § 4).

4° Le domicile d'une *société* est au lieu où se trouve son établissement ; c'est donc » devant le tribunal de celui que doivent être portés les différends qui s'élèvent entre les » associés ou qui sont élevés par des tiers contre la société (59, § 5).

5° Jusqu'à ce qu'une *succession* soit partagée, les contestations et demandes aux- » quelles elle donne lieu, doivent être portées devant le tribunal dans le ressort duquel » elle s'est ouverte, c'est-à-dire du domicile du défunt (822, 110 C. civ. — 59, § 6, » C. de pr. civ.)

(1) Du *déguerpissement*, liv. 2, chap. 1, n° 5.

6° En matière de *faillite*, les demandes formées contre les représentants de la masse des créanciers, et celles qui ont rapport aux différentes procédures de la faillite, doivent être portées devant le tribunal du domicile du failli (59, § 7).

7° En matière de *garantie*, les garants doivent être appelés devant le juge déjà nanti de la demande principale, mais s'il apparaît par écrit ou par l'évidence du fait que la demande originaire n'a été formée que pour distraire les garants de leurs juges naturels, ils seront renvoyés devant eux (59, § 8, 181).

8° Lorsqu'il y a *élection de domicile* pour l'exécution d'un acte, la demande doit être portée devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicile réel du défendeur (59, § 9, C. pr.).

9° Les demandes formées pour frais par les officiers ministériels, doivent être portées au tribunal où les frais ont été faits (60).

III. *A qui et où l'ajournement doit être notifié.* — 1° Tous exploits d'ajournement doivent être faits à *personne* ou *domicile* : mais si l'huissier ne trouve au domicile ni la partie, ni aucun de ses parents ou serviteurs, il remet de suite la copie à un voisin, qui signera l'original ; si ce voisin ne peut ou ne veut signer, l'huissier remettra la copie au maire ou adjoint de la commune, lequel visera l'original sans frais. L'huissier doit faire du tout mention expresse tant sur l'original que sur la copie, le tout à peine de nullité (68, 70).

2° *L'état*, lorsqu'il s'agit de ses domaines et droits domaniaux, doit être assigné en la personne ou au domicile du préfet du département où siège le tribunal devant lequel la demande doit être portée en première instance (69, § 1) ; le *trésor royal*, en la personne ou au bureau de l'agent judiciaire qui le représente (69, § 2. — Loi du 27-31 août 1791).

3° Les *administrations* ou *établissements publics* doivent être cités en leurs bureaux, dans le lieu où siège leur administration ; dans les autres lieux, en la personne et au bureau de leur préposé (69, § 3).

4° *Le Roi*, pour ses domaines, doit être assigné en la personne du ministre ou de l'intendant de sa maison contre lequel les actions à la charge du Roi sont dirigées. Néanmoins les assignations lui sont données en la personne des procureurs du roi et procureurs généraux qui sont chargés de défendre les causes du Roi, soit devant les tribunaux, soit devant les cours (Loi du 8 novembre 1814, art. 14, C. pr., art. 69, § 4).

5° Les *communes* sont citées en la personne ou au domicile du maire ; et à Paris, ainsi que pour les villes où il y a plusieurs mairies, en la personne ou au domicile du préfet (69, § 5). En actionnant les communes on doit se conformer aux dispositions

du titre 5 de la loi du 18 juillet 1837, relatives à l'autorisation nécessaire pour les poursuivre en justice.

Dans ces divers cas, l'original de l'ajournement doit être *visé* par la personne publique à qui la copie est laissée; en cas de refus le visa sera donné soit par le juge de paix, soit par le procureur du roi auquel la copie sera alors laissée, et les refusants pourront être condamnés à une amende qui ne sera pas moindre de cinq francs (69, § 5. — 1039).

6° Les *sociétés de commerce*, tant qu'elles existent, sont assignées en leur maison sociale, et s'il n'y en a pas, en la personne et au domicile de l'un des associés (69, § 6).

7° Les unions et directions de créanciers doivent être assignées en la personne ou au domicile de l'un des syndics ou directeurs (69, § 7).

8° Ceux qui n'ont aucun domicile connu en France, au lieu de leur résidence actuelle (69, § 8).

9° Pour ceux dont la résidence n'apparaît nulle part, l'exploit doit être affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée, et une seconde copie est donnée au procureur du roi qui vise l'original (69, § 8).

10° Ceux qui habitent le territoire français hors du continent, doivent être cités au domicile du procureur du roi près le tribunal où la demande est portée, qui, après avoir visé l'original, transmet la copie au ministre de la marine (69, § 9).

11° Ceux qui sont établis chez l'étranger, ainsi que les étrangers non résidant en France, sont assignés au domicile du procureur du roi qui, après avoir visé l'original, envoie la copie au ministre des affaires étrangères qui la fait parvenir à ceux auxquels elle est destinée (69, § 9).

L'omission des formalités que nous venons d'énoncer emporte nullité de l'ajournement (70).

12° Lorsqu'un acte contient, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour son exécution dans un lieu autre que celui du domicile réel, les assignations relatives à cet acte peuvent être données au domicile élu (144 C. civ.).

13° Les ajournements relatifs aux actions auxquelles les inscriptions hypothécaires donnent lieu contre les créanciers, peuvent être notifiés à leur personne, ou au dernier des domiciles élus sur le registre du conservateur (2156 C. civ.).

IV. *Délais qui doivent être accordés pour comparaître.* — Le délai ordinaire des ajournements pour ceux qui sont domiciliés en France est de huitaine. Ce délai est franc, c'est-à-dire que le jour de la signification et celui de l'échéance n'y sont pas compris. Il doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance entre le

lieu où demeure la personne assignée et celui où siège le tribunal devant lequel elle est sommée de comparaître (72, 1033).

Cependant dans les cas qui requièrent célérité, le président peut, par ordonnance rendue sur requête, permettre l'assignation à un plus bref délai (72).

Pour les personnes qui demeurent hors de la France continentale : le délai est de *deux mois* pour celles qui résident en Corse, dans l'île d'Elbe ou de Capraja, en Angleterre, et dans les états limitrophes de la France ; de *quatre mois* pour celles qui demeurent dans les autres états de l'Europe ; de *six mois* pour celles qui habitent hors de l'Europe, en-deça du Cap de Bonne-Espérance, et d'*un an* pour celles qui demeurent au-delà (73).

L'assignation à une personne domiciliée hors de France, qui lui est remise en France, n'emporte que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les proroger si le cas le requiert (74).

V. *Formalités auxquelles l'ajournement est assujéti.* — L'exploit d'ajournement doit contenir : 1° La *date* des jours, mois et an ; — 2° les *noms, profession* et *domicile* du DEMANDEUR ; — 3° La *constitution d'un avoué* chargé d'occuper pour lui et chez lequel l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit ; — 4° Les *noms, demeure* et *immatricule* de l'huissier. (L'immatricule n'est que l'inscription de l'huissier sur le tableau du tribunal auquel il est attaché) ; — 5° La mention de *la patente* de l'huissier et de celle du demandeur, s'il y est soumis et s'il agit à raison de son commerce, sous peine de 50 fr. d'amende mais non de la nullité de l'exploit (loi du 4^{er} brumaire an VII, art. 37. — Ordonnance du 23 décembre 1814, loi du 16 juin 1824, art. 40) ; — 6° Les *noms* et *demeure* DU DÉFENDEUR ; — 7° La mention de *la personne à laquelle la copie de l'exploit a été laissée*, en énonçant sa qualité et la nature de ses rapports avec l'assigné ; — 8° L'*objet de la demande* et l'exposé sommaire des moyens ; — 9° L'*indication du tribunal* devant lequel le défendeur est sommé de comparaître ; — 10° L'énonciation du *délai* pour comparaître ; — 11° En matière réelle ou mixte, l'ajournement doit énoncer la *nature* de l'héritage, la *commune*, et autant qu'il est possible la *partie de commune où il est situé*, et *deux*, au moins, des *tenants et aboutissants* ; s'il s'agit d'un *domaine*, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en désigner le *nom* et la *situation* ; — 12° Copie du *procès-verbal de non-conciliation* ou de la *mention de non comparution* doit être donnée avec l'ajournement ; — 13° Il doit aussi être donné *copie des pièces* ou de la *partie des pièces sur laquelle la demande est fondée* : à défaut de ces copies, celles que le demandeur sera tenu de fournir dans le cours de l'instance n'entreront point en taxe ; — 14° le *coût* doit être mis à

la fin de l'exploit, tant sur l'original que sur la copie, à peine de cinq fr. d'amende contre l'huissier payables à l'instant de l'enregistrement; — 15° L'original et la copie de l'ajournement doivent être *signés* par l'huissier (64, 64, 65, 67); — 16° L'original de l'ajournement doit être enregistré à peine de nullité dans les quatre jours de sa date et l'huissier est responsable de la nullité envers la partie (Loi du 22 frimaire an VII, art. 34).

Toutes ces formalités, à l'exception de celles énoncées sous les n° 5 et 13, doivent être observées à peine de nullité.

Aucun exploit ne peut être signifié depuis le 1^{er} octobre jusqu'au 31 mars avant six heures du matin et après six heures du soir, et depuis le 1^{er} avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir; non plus que les jours de fête légale, si ce n'est en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, dans les cas où il y aurait péril en la demeure (63, 1037) (1), mais l'infraction de ces dernières dispositions ne donne lieu qu'à une amende contre l'huissier et n'entraîne pas la nullité de l'exploit (1030)

Dans le cas du transport d'un huissier hors de sa résidence, et à plus de 5 kilomètres, il ne doit lui être payé pour tous frais de déplacement qu'une journée au plus et cette indemnité doit être divisée entre tous les actes qu'il peut avoir faits pour diverses parties dans une même course et dans un même lieu (62 — Décret du 14 juin 1813, art. 35. — Tarif des frais en matière civile, art. 66).

VI. *Effets de l'ajournement.* — 1° L'ajournement fait courir les intérêts (1153, 1154 1155, 1207, 1479, 1682, 1904 C. civ.)

2° Il fait cesser la bonne foi du possesseur qui ne connaissait pas les vices de son titre (549, 550 C. civ.)

3° Il interrompt la prescription, même lorsqu'il est donné pour comparaître devant un tribunal incompétent (2244, 2246 C. civ.)

(1) SOL OCCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO (Lex. XII tab., I.) — Une constitution des empereurs Léon et Anthémius, avait fait du dimanche un jour de trêve pour les plaideurs: « Taceat apparitio, advocatio delitescat, sit ille dies à cognitionibus alienus, preconis » horrida vox silescat, respirent à controversiis litigantes et habeant fœderis intervallum, » ad se simul veniant adversarii non timentes..... pacta conferant, transactiones loquantur. » (L. 11, § 1. C. de feriis, 3, 12).

CODE DE COMMERCE.**DES SOCIÉTÉS.**

(Livre I , Titre 3).

SECTION 1^{re}. — Des diverses sociétés et de leurs règles.

L'association est une des lois humanitaires qui résultent de l'organisation morale et physique de l'homme et la voie par laquelle il accomplit la destinée de progrès qui lui est imposée. Appliquée au commerce, l'association offre le fondement de toutes les vastes entreprises, la source féconde qui répand par le travail le bien-être et la prospérité dans les états. Aussi la loi a dû s'occuper d'une manière toute spéciale des règles relatives aux sociétés commerciales qui, dans notre législation, sont à la fois régies par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties (C. de comm., art. 18).

Nos lois distinguent trois espèces de sociétés commerciales : la société *en nom Collectif*, la société *en Commandite* et la société *Anonyme*, auxquelles il faut ajouter les *associations* commerciales *en Participation* (19, 47).

La *société en nom Collectif* est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, toutes également solidaires et responsables, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (20, 22).

La *société en Commandite* est celle qui est établie entre des associés dont un ou plusieurs sont tenus solidairement de tous les engagements de la société, et les autres, qu'on nomme *Commanditaires*, ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société (23, 26).

La *société Anonyme* n'a pas de raison sociale ; elle est établie au moyen d'un capital se divisant en actions qui ne rendent les associés passibles des pertes que jusqu'à concurrence de leur intérêt dans la société ; elle est administrée par de simples mandataires qui ne sont pas personnellement responsables des engagements sociaux (29, 31, 32, 33).

L'*association en Participation* est celle qui n'est relative qu'à un ou plusieurs actes de commerce spécifiés et isolés, et dont l'existence devra cesser dès que ces actes seront consommés (47, 48).

I. Règles communes aux sociétés en nom Collectif et en commandite. Entre associés

l'existence et les conditions des sociétés en nom Collectif ou en Commandite, doit être établie par des actes publics ou par des écrits sous signature privée rédigés dans les formes prescrites par l'art. 1325 du code civil (39, 41). Ces sociétés sont rendues publiques par la transcription sur des registres déposés au greffe du tribunal de commerce, l'affiche et l'insertion aux journaux d'un extrait de l'acte qui les constate dans les formes et de la manière prescrite par les art. 42, 43, 44, du C. de comm., et par la loi du 31 mars 1833. — Toute continuation de société, après son terme expiré, doit être constatée par une déclaration des co-associés qui est soumise, ainsi que tout changement aux conventions sociales, aux formalités que nous venons d'énoncer relativement à la publicité (46). Ces formalités doivent être observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé à des tiers par les associés (42, 46).

II. *Règles particulières aux sociétés en nom Collectif.* Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale (21). — Les associés en nom Collectif sont obligés solidairement et indéfiniment à tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. Si les associés avaient confié la gestion à quelques-uns d'entr'eux seulement, la société ne serait obligée que par ses gérants et par leurs préposés; mais les associés, même non gérants, seraient solidairement tenus d'exécuter les engagements sociaux (22).

III. *Règles particulières aux sociétés en Commandite.* L'objet de la société en Commandite est de permettre à tout possesseur de capitaux de s'associer aux chances commerciales et de multiplier ainsi les liens sociaux par une communauté d'intérêts entre le propriétaire foncier et le fabricant, entre le capitaliste et celui qui se livre aux opérations du commerce. Son caractère distinctif consiste en ce qu'elle offre deux ordres d'associés différents, les uns responsables et solidaires qui sont tenus d'exécuter tous les engagements sociaux, les autres dont les risques, même à l'égard des tiers, sont limités à leur mise (24, 26).

Cette société est régie sous un nom social qui doit être nécessairement celui d'un ou de plusieurs des associés responsables et solidaires (23). Les noms des associés commanditaires ne peuvent pas faire partie de la raison sociale (23); ils ne peuvent faire aucun acte de gestion, ni être employés pour les affaires de la société, même en vertu de procuration (27). S'ils contreviennent à cette prohibition, ils demeurent obligés solidairement avec les associés en nom Collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société (28).

Le capital des sociétés en commandite peut être divisé en actions, mais sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société (38). Il s'ensuit que cette faculté ne saurait permettre de créer des *actions au porteur*, car ceux qui en seraient

nantis pourraient gérer la société comme mandataires, sans que les tiers pussent établir leur qualité de commanditaires pour leur faire appliquer le principe de la responsabilité indéfinie. Dans ce cas la société perdra les avantages de la commandite et sera considérée comme société en nom collectif.

IV. *Règles particulières aux sociétés anonymes.* — L'objet des sociétés anonymes par actions, fut énoncé en ces termes par M. Régnault de Saint-Jean-d'Angely, en exposant au corps législatif les motifs du Code de commerce : « Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers ; d'associer la médiocrité même, et presque la pauvreté, aux avantages des grandes spéculations ; d'ajouter au crédit public et à la masse circulante dans le commerce. »

Les sociétés anonymes ne peuvent être constituées que par des actes publics (40) et avec l'autorisation du Roi obtenue suivant les formes tracées par un règlement du ministre de l'intérieur du 21 décembre 1807, et par une instruction du même ministre du 22 octobre 1817. L'ordonnance du Roi qui les autorise doit être affichée avec l'acte d'association et pendant le même temps (45).

La société anonyme est qualifiée par l'objet de son entreprise. On appelle plus particulièrement *compagnies* les grandes réunions d'associés qui se proposent une entreprise considérable (30). Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, pris parmi les associés, ou en dehors de la société, qui ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire par rapport aux engagements de la société, et qui ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu (31, 32).

Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale (34). L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur, et dans ce cas la cession s'opère par la tradition du titre (35). La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société. Dans ce cas la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transport ou de son mandataire (36).

V. *Règles relatives aux associations en participation.* Ces associations ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés (50). Elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants (48). Elles peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise (49).

Les associations en participation ne sont représentées, vis-à-vis des tiers, que par l'associé qui traite avec eux en son propre et privé nom, sans obliger ses coassociés

s'ils ne lui en ont pas donné le pouvoir. Les associés ne sont pas solidaires (1202, 1862 C. civ. — 22, 23, 50 C. comm.).

SECTION 2. — *Des contestations entre associés et de la manière de les décider.*

La loi, dérogeant aux règles générales relatives aux juridictions, a établi, en matière de société commerciale, un *arbitrage forcé* que les parties n'ont pas le droit de décliner, lors même qu'elles en seraient d'accord (170 C. de proc. civ.)

I. *Quelles contestations doivent être jugées par des arbitres.* — Toutes contestations qui s'élèvent *entre associés*, de quelque espèce que soit la société, ne fût-elle qu'une simple association en participation, lorsque des tiers n'y sont pas parties, doivent être jugées par des arbitres qui sont substitués, pour ce premier degré de juridiction, aux tribunaux de commerce (51). Pour que les arbitres soient compétents, il suffit que la contestation soit relative à la société, et que la qualité d'associé ne soit pas contestée: si la société n'était pas avouée, il appartiendrait aux tribunaux de commerce de statuer sur son existence (54).

Par une dérogation aux principes du droit civil, les mineurs héritiers d'un associé, doivent aussi procéder devant les arbitres. Il en est de même des veuves et autres ayant-cause des associés (62).

II. *Comment se nomment les arbitres.* — La nomination des arbitres peut être faite par l'acte même de société, par un acte notarié, par un acte sous seing-privé, par acte extra-judiciaire. Dans ce dernier cas, celui des associés qui provoque la formation d'un tribunal arbitral, signifie aux autres la nomination qu'il fait de son arbitre, et les requiert de faire leur choix et de le lui notifier dans un délai qu'il fixe.

Si l'un ou plusieurs des associés ne défèrent pas à cette sommation, le tribunal de commerce nomme d'office tous les arbitres auxquels est soumise la décision du différend; dans ce cas, les nominations faites par quelques-unes des parties sont sans effet (37 C. de comm. — 305, 429 C. de proc. civ.)

Le délai pour le jugement est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres et si elle ne sont pas d'accord sur ce délai, il doit être réglé par le tribunal (54).

IV. *Forme de procéder en matière d'arbitrage forcé.* — Il ne doit être fait devant les arbitres aucune procédure; chaque partie leur remet ses pièces ou titres et un mémoire si elle le juge à propos (56). Si les parties n'ont pas fixé le délai des productions, il doit l'être par les arbitres: l'associé en retard est sommé par un exploit de produire ses pièces et mémoires dans les dix jours (57). Ce délai peut, suivant l'exigence des cas, être prorogé par les arbitres (58); mais ils ne peuvent accorder qu'une seule prorogation, après laquelle ils doivent juger en l'état (59).

En cas de partage, s'il n'y a pas de sur-arbitre nommé par le compromis, les arbitres peuvent en nommer un sans consulter les parties : s'ils ne sont pas d'accord sur le choix, ce sur-arbitre est nommé par le tribunal de commerce (60).

Le jugement arbitral doit être motivé. Il est déposé au greffe du tribunal de commerce pour être transcrit sur les registres et rendu exécutoire sans aucune modification, en vertu d'une simple ordonnance que le président de ce tribunal rend dans les trois jours du dépôt (61). Il ne peut être attaqué que par la voie de l'appel ou du recours en cassation, s'il n'y a pas été renoncé. L'appel est porté devant la Cour royale (52). Le tuteur ne peut renoncer, au nom de ses mineurs, à la faculté d'appeler du jugement arbitral (63).

V. *De la prescription en matière de société commerciale.* — Tant que la société subsiste, la faculté d'agir contre elle et contre chacun des associés, n'est soumise qu'à la prescription ordinaire. Mais quand la société est dissoute, la personne morale n'existe plus, les associés règlent leurs intérêts, les registres, les titres ne peuvent pas être long-temps conservés dans un dépôt commun : aussi par ces considérations propres au contrat de société, la loi, dans l'intérêt du commerce, a modifié les principes du droit commun relatifs à la prescription. Toutes actions contre les associés non-liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants-cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution a été affiché, enregistré et inséré dans les journaux, conformément aux articles 42, 43, 44 et 46 du Code de commerce, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire (64).

Cette thèse sera soutenue, publiquement, dans une des salles de la Faculté, le 5 février 1838, à midi.

Vu par le président de la Thèse,

F. MALPEL.