

- 1 Peyruzat Coulons - 11 décembre 1835
- 2 Moliner G^{re} - 8 février 1838
- 3 Ornolens Ki G^{re} - 23 avril 1838
- 4 Chauveau Poitiers
- 5 Caillaud Coulons - 19 février 1840
- 6 Courmannille Coulons - 16 janvier 1843
- 7 Garzel Coulons - 30 avril 1844
- 8 Manan G^{re} - 3 août 1844
- 9 Pont G^{re} - 23 x^{re} 1845
- 10 Delpéch Henri G^{re} - 13 nov. 1846
- 10 Delpéch Henri G^{re} - (refusé par le jury)
- 11 Daguilhon G^{re} - 7 août 1846
- 12 Dulamon Coulons - 28 x^{re} 1846

T11

DAGUILHON RAYMOND-LOUIS-CHARLES

Jus romanum. De donationibus. De
donationibus inter virum et uxorem.

1846



3 111 033857 8

T12

DULAMON MICHEL-ARMAND

Jus romanum. Quod metûs causâ gestum erit. (D. L.
IV, Tit. II.) De dolo malo. (D. L. IV, Tit. III.) De doli mali
et metûs exceptione. (Inst. Just. L. IV, Tit. XIII. § I. - D.
L. XLIV, Tit. IV.)

1846



3 111 030343 9

8

78

A mon Père!

Namque erit ille mihi semper Deus !...



Amour et Reconnaissance!

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS !!

Dévouement sincère.

J.-P. Manau.

2

THE DEPT. OF THE INTERIOR

U. S. GEOLOGICAL SURVEY

WATER RESOURCES DIVISION

REPORT OF THE COMMISSIONER OF THE GEOLOGICAL SURVEY

FOR THE YEAR 1907

WASHINGTON

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

En exécution de l'art. 4, tit. 2, de la loi du 22 Ventôse an 12,

SOUTENUE

Par M. MANAU (Jean-Pierre), Avocat,

NÉ A MOISSAC (Tarn-et-Garonne), le 18 Août 1822.

JUS ROMANUM.

De hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur.

JUSTINIANI INSTITUT. LIB. III, TIT. I, AD VIII. — DIGESTORUM, LIB. XXXIII,
TIT. XVI ET XVII, TIT. II. — NOV. CXVIII ET CXXVII.

Primis temporibus, tanquàm ingens familia cujus diversæ partes vinculis tantùm civilibus et politicis colligantur, Civitas Romana videtur. Pro nihilo ducitur naturale vinculum, ità ut ne jura quidem successionis attribuere possit. Hoc tamen acerbissimum jus deinceps mitigatur, paulatimque imperium jus naturale

recipit. Tum quoque naturali familie restituuntur jura exclusoriè priùs data civili familie, id est parentibus unius et ejusdem patris-familiàs sub potentià subjectis (1).

Quænam diversarum legum, secundùm tempora et mores, temperamenta fuère, quoad cognationem civilem vel naturalem juri hæreditario collatam? Hæc quidem est nostræ investigationi proposita materia. Sed quædam primùm generales regulæ nobis exponendæ sunt.

GENERALIA.

I. Civilis familia ex *agnatis*, naturalis autem ex *cognatis* constat.

Agnati sunt per virilis sexûs personas conjuncti, qui ejusdem auctoris potentiæ subjecti sunt vel essent, si viveret adhuc auctor, ita ut nequeat familie membrum haberi qui vinculo agnationis non colligaretur, et ipsum agnationis vinculum vinculo potentiæ crearetur. Quicumque ergo modus potestatem auctoris subiendi adhibitus nomen agnati præstabat. Itaque mulier quæ in manum mariti ceciderat, adoptati vel adrogati, liberi causæ probatione, vel subsequente matrimonio legitimi facti, deniquè ex justis nuptiis orti, omnes et invicem, et cum marito, patre adoptante vel adrogante, et cum justo patre, et cum omnibus in familiâ civili locum tenentibus, agnati fiebant (2).

Cognati contrà sunt per muliebris sexûs conjuncti, qui ab eodem auctore orti, non ejusdem patris-familiàs potestati subjecti sunt. Itaque eandem originem habentes (quapropter cognati dicuntur) (3), eodem tamen non adhærent. Sic mater et liberi, avunculus et sororis filius, et cæteri per matrem conjuncti parentes, et invicem et cum agnatis cognati sunt.

Si agnati sint sub potestate patris-familiàs et in primo gradu, *hæredes sui* vocantur.

II. Agnationem potentiæ vinculum, cognationem naturale facit, sicut supra diximus. Indè efficitur ut minimâ capitis diminutione quæ potentiam abruptit agnationis jus perdatur, dum maximâ vel mediâ diminutione cognationis jus perimi tantum possit (4), id est, jura cognati nomini attributa pereant. In primo

(1) Dig. L. 195. de verb. sign. f. Ulp. — (2) Gaius. C. 3. § 3 et 10. — Just. inst. De. leg. agn. suc. Lib. 3, Tit 2, § 2. — (3) Dig. Lex. 1. § 1^{er}. ff. Undè. cogn. — (4) Just. inst. Lib. 1. Tit. 16. De cap. Dem.

cāsu, jura civilia ratio civilis disperdit : in secundo, naturale jus salvum remanet, quia civili ratione perire non potest.

III. Si plurimi agnati sint eodem nomine, quorum nemo nec ullus majorum servitutem subierit, qui capite deminuti non sint et ab ingenuis orti sint, *gentiles* dicuntur, et in hoc nomine certa illis jura attributa sunt.

Omnes hi de quibus supra dictum est hæreditaria jura, secundum nomen et ordinem recipiunt. De regulis quæ ad omnes attinent primum tractandum est. Speciales regulæ postea describendæ sunt.

IV. Nunquam testamentaria hæreditas unā cum hæreditate ab intestato concurrere potest. De quo adagium invenitur : *Nemo, nisi sit miles, potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* (1). Indè efficitur ut : 1° si testator hæredem pro parte instituerit, hic modus nullus jure sit, et hæres hæreditatem totam percipiat ; 2° hæreditas ab intestato nunquam existat, nisi defunctus omnino et absolute intestatus decesserit.

V. Intestatus autem moritur qui testamentum jure facere non potuit, vel non fecit quum jure posset, vel tabulas abrupit, vel testamentum fecit nullum vel imperfectum, vel ruptum agnatione seu quasi-agnatione hæredis sui posthumi seu quasi-posthumi, vel irritum factum statu civili testatoris, vel destitutum hæredis repudiatione vel aliâ causâ (2).

VI. Civis romanus solus hæredes habere potest. Itaque peregrini et omnes qui jus civitatis amiserunt intestati decedere nequeunt : nulli enim illis hæredes jure civili sunt. Bona peregrinorum ad hæredes jure proprio vocatos transmittuntur. Bona romanorum qui civitatem amiserunt ad fiscum conferuntur.

Diù quoque patribus-familiis solis hæredes fuere. Bona filiorum ad ascendentes pertinebant in quorum potestate erant, non jure successionis, sed jure peculii. Quod jus ab Anthemio et Leone imperatoribus sublatum est.

VII. Civis romanus quoque solus hæreditatem ab intestato recipere potest. Itaque servi, liberti et Latini qui jus civitatis non obtinuerunt, hæredes non sunt (3).

Filii-familiis, usque ad senatus-consultum Orphitianum, hæreditatem ab intestato capere nequeunt. Nam ex lege duodecim Tabularum illis ascendentes semper præferuntur.

Virgines vestales hæredes parentum intestatorum non erant. Bona hæreditatis ad fiscum pertinebant.

(1) Inst. Tit. 14. De hæc. inst. § 14. — (2) Sent de Paul. tit. 8. de int. suc. § 1^{er}-Inst. tit. 1. Proem. Lib. 3. — (3) Sent. de Paul. Tit. 10 §§ 2 et 3.

VIII. Sed tamen civis romanus pater-familiās hæreditatem nec percipere, nec servare potest, si indignus habetur. Indignus est autem qui defunctum necavit, vel imprudenter, aut necari jussit; qui interfectorem non properat persequi; qui defunctum sceleris arguit, vel accusatori testimonium præbuit, vel de statu cum auctore contendit, vel de hæreditate ejus viventis et inscii conventum quoddam fecit, vel testamentum ne faceret seu corrigeret impedivit. Multæ aliæ indignitatis causæ sunt de quibus longius Digesta et Codex tractant (1). Sed satis diximus suprâ. Addemus tamen in omnibus ferè indignitatis causis, bona indignis ablata ad fiscum transmitti.

IX. Ab intestato hæreditas non semper tempore mortis, sed tempore quo hæreditatem testamentariam non esse certum est, aperitur. Si testamentum non fecit, vel nullum aut irritum factum antè mortem, defunctus fecit, mortis tempore hæreditas aperta erit: hoc enim momento certum est hæreditatem testamentariam non esse. Sin autem testamentum post mortem solum irritum quâdam causâ fit, *verbi gratiâ*, hæredis repudiatione, ab intestato hæreditas die repudiationis aperta erit. Indè consequitur ut existentia, status, nomen et gradus hæredis, non tempore mortis sed hæreditatis apertæ (quod diù post mortem aliquandò evenire potest) quærenda sint. Indè quoque aliquoties evenit ut proximi tempore mortis parentes, tempore hæreditatis non sint, et vice versâ, ut hæredes vocati hæreditatis tempore, mortis tempore parentes proximi non sint. Quæ quidem regulæ effectum habent, dummodò hæredes quicumque vocati nati essent vel concepti tempore mortis.

X. Intrâ tempus quoddam præfixum hæredes omnes, suis tamen exceptis, adire vel repudiare hæreditatem necesse habebant. Primum hoc tempus à Præ-tore, creditoribus et omnibus quorum aditio intererat petentibus, dabatur, intrâ quod hæredibus jus erat deliberandi, post quod accipiebatur re et verbis vel demittebatur ab illis hæreditas; et si acciperent, omnia vel ultrâ vires bonorum onera ab illis sustinenda erant. Quod autem jus à Justiniano correctum fuit, et inventarii beneficium introductum (2), quo adhibito onera hæreditatis tantum quoad emolumentum ab hærede solvebantur, et hæres contrâ hæreditatem agere, si creditor esset, nec minus ac ceteri creditores, sanè poterat. Quod autem inventarium intrâ nonagesimum diem vel annum, secundum bonorum proximitatem conficiendum erat. — Jus autem deliberandi ab hoc

(1) Dig. 34. 9. — Cod. 6. 35. De his quæ ut indignis auferuntur. — (2) L. 22 Cod. de Jur. del.

tempore intrâ nonum mensem vel annum, secundum à quo peteretur, exercendum fuit. Hoc autem adhibitum, beneficium inventarii excludebat, et vice versâ.

Specialiter sui hæredes, ipso jure et inviti hæreditatem accipiebant. Sed ne onerosa illis foret hæreditas, à Præatore abstentionis beneficium tenuerunt, quamdiù hæreditati se non immiscuissent, ex quo tamen nomen hæredum non amittebant, ità ut si bona quædam, deducto cere alieno, remanerent, ab illis perciperentur.

XI. Quum hæredes plerumquæ nullum in hæreditate jus habeant, nisi additione, indè efficitur ut hæres qui antè additionem obit, à successionem omninò discedat, nec ulla ad proprios hæredes jura transferre possit (1). Quod jus in quibusdam casibus constitutionibus imperatorum temperatum fuit (2). Justinianus generalem edixit regulam ex quâ hæres mortuus intrâ tempus deliberandi, vel antèquàm tempus illi præfixum fuisset, et quàm tardissimè intrâ annum, nec tunc adierit hæreditatem, ad proprium hæredem reliquum tempus et jus accipiendi vel repudiandi transferebat (3).

XII. Si unus ex hæredibus successionem spreverit, vel aliquâquam causâ, præter indignitatem, capere non potuerit, ipso jure ad cohæredes jus ejus aderescit. Sin autem propter indignitatem capere non potuerit, plerumque pars ejus ad fiscum adscribitur. In quibusdam tamen casibus, et certas propter causas, ad subsequentem gradum transferebatur. — Lex etiam Papia Popæa hæc bona ascendentibus et liberis defuncti, velut caduca, usque ad tertium gradum adscripsit. Itaque *caducum* et *ereptorium* ex lege acquirendi duo modi dicuntur (4).

XIII. Antè Justinianum, liberi emancipati, qui quædam bona per emancipationis tempus acquisiverant, et filia quæ dotem vel donationem propter nuptias acceperat, ad successionem ab intestato hæc bona conferre necesse habebant. Justinianus edixit ut omnes liberi ad hæreditatem ascendentium intestatorum accedentes, quæcunque bona illis à vivente ascendente data conferrent. Quam collationem exigere invicem liberi poterant, nunquàm ascendentes nec à latere quicumque parentes (5).

XIV. Multæ actiones hæredibus vel possessoribus ab intestato dabantur, quæ erant: *hæreditatis petitio* et *actio familiæ erciscundæ*, et interdictum *quorum*

(1) Dig. 37. 1. 4. ff. Gaius. (2) Cod. 6. 52. L. Unic. — Cod. Théod. 4. 1. — (3) Cod. 6. 30. 19. — (4) Ulp. Reg. 19. 17. — (5) Dig. 37. 5. — Cod. 6. 20.

bonorum, circa hæreditates ab intestato propriè dictas; *petitio prætoria* hæreditatis et *utilis familiæ erciscundæ actio*, circa bonorum possessiones.

XV. His generalibus præpositis subjectam materiam magnâ refert ut ordinemus.

Ab intestato hæreditas vel *jure civili*, vel *jure prætorio* dabatur. Indè duo capita præcipua.

In primo capite, *de hæreditate ab intestato secundum jus civile* disseremus;

In secundo, *De hæreditate ab intestato secundum jus prætorium*.

Primum caput in tres partes diducemus.

1° *De hæredibus suis*.

2° *De agnatis*.

3° *De gentilibus*.

Itaque tractabimus de tribus successionum ordinibus qui lege Duodecim Tabularum ex collatione Legum Mosæicarum et Romanarum in his verbis expnuntur:

Si intestato moritur cui suus hæres nec sit, agnatus proximus familiam habeto. — Si agnatus nec escit, gentiles familiam habeant.

Secundum caput nullam diductionem accipiet.

In tertio capite, *jus Novellarum* in summâ tractabimus.

In quarto, breviter *libertorum successionem* exponemus.

In quinto, uno verbo *de quibusdam aliis successionibus* dicemus.

CAPUT I.

De hæreditate ab intestato secundum jus civile.

SECT. I.

De hæredibus suis.

Ex verbis suprâ citatis, hæredes sui primi ad hæreditatem vocantur. Ex definitione suprâ quoque scriptâ, hæredes sui sunt qui sub potestate patris et in primo gradu sunt. — Hoc autem jus civile merum est. Sed quia acerbis-

simum visum est, à prætore et imperatoribus et Justiniano temperatum est, et multi qui non hæredes sui erant hæredibus suis similes facti sunt. Indè quadruplex divisio: 1° *de hæredibus suis propriè dictis*; 2° *de hæredibus suis, secundum jus prætorium*; 3° *de hæredibus suis, secundum constitutiones ante-Justinianæ*; 4° *de hæredibus suis, secundum Justinianum*.

§ I.

De hæredibus suis propriè dictis.

Ex nostrâ definitione, inter hæredes suos propriè dictos, filius et filia, post filii mortem, nepos et neptis ex filio, et deinceps omnes per masculos descendentes et in primo gradu venientes, naturales vel adoptivi connumerandi sunt. Hæres suus non est nepos, nisi pater mortuus sit, quia vivens pater primum gradum occupat. Cæterum hæres suus est qui primum tenet gradum vel tempore mortis, vel die quâcunque quâ certum est non esse hæreditariam successionem. Ita si filius testamento exhæredatus est, et extraneus vocatus, si tempore mortis filius vivens adest, nepos hæres suus non est: sed si extraneus spreverit hæreditatem, et filius antea mortuus sit, nepos hæres suus erit. --- Per feminas autem descendentes hæredes sui esse nequeunt jure civili, nam cognati habentur.

Nec hæres suus solus est qui tempore mortis natus est, sed etiam conceptus. Posthumus ergò hæres suus est. Nam si pater vixisset, hæres suus fuisset.

Hæres suus est quoque liber qui captivus tempore mortis, libertatem postea recuperavit; nam *fictione postliminii* nunquam in captivitate fuit; nec minùs est hæres suus qui civitatem tempore mortis non habens, deinceps beneficio principis *in integrum* restitutus est; qui post mortem *ex primo vel secundo mancipio* manumittitur; qui post mortem causæ probatione legitimus factus est (1).

Itaque multi sunt hæredes sui qui tempore mortis esse non poterant. Multi contrà sunt qui tempore mortis in potentiâ et in primo gradu sunt, et tamen hæredes sui non sunt, quod evenit, si post mortem, patris perduellionis rei memoria damnata sit (2). Crimen enim perduellionis vel contrà mortuos exercetur, dùm cætera crimina morte rei perimantur. Quod ad cætera attinet, si

(1) Gaius C. 3 §§ 4 et 5. — (2) Inst. Just. § 5; Tit. 1. De hæ. quæ ab int def.

damnatio capitis, vivente reo, dicta sit, reus amittit civitatem, et ejus bona ad fiscum pertinent, nec hæredes ulli sui sunt. Sin autem tempore mortis, nondum dicta sit damnatio, reus in integro jure mortuus ad hæredes suos bona transmittit (1). Quod autem ad perduellionis crimen spectat, si reus nondum damnatus obit, in integro jure sanè moritur, et hæredes suos reipsà habet. Sed si crimine post mortem illato, damnatio interveniat, sententia in præteritum tempus vim habet, et bona rei confiscantur (2). Indè evenit ut liberi in primo gradu ipso jure hæredes sui sint, sed desinant.

Non opus est ut hæredes sui hæreditatem adeant. Jure etenim illam capiunt. Dominium paternum cujus quodammodo domini, vivente patre, existimabantur, quasi continuatur in capite eorum, ità ut servant magis quàm acquirant hæreditatem. Indè consequitur ut inscii etiam succedere possint, et pupillis vel furiosis auctoritate tutoris vel curatoris consequendà opus non sit (3). Sed pupillus major factus, et furiosus mentis compos, abstinere sanè ab hæreditate onerosà possunt,

Quomodò hæreditas inter hos omnes hæredes distribueretur nunc videamus.

Si filii sint omnes hæredes sui hæreditas in capita dividitur.

Si filii concurrant cùm nepotibus vel aliis, quid juris? Tunc certè prior gradus posteriorem non excludit, nam placuit in hoc successionis ordine nomen non gradum hæredum respiciendum esse: sed in stirpes non in capita distributioni locus erit, ità ut hæredes qui secundum vel subsequentem gradum tenent veniant in auctoris repræsentationem, et capiant omnes ejus partem intrà se per capita dividendam. Idem est si omnes hæredes sui sint ex secundo vel subsequenti gradu.

§ II.

De hæredibus suis, secundum jus prætorium.

Quum hæredes sui vocarentur hi soli qui erant sub potestate morientis et in primo gradu, liberi emancipati consequenter nomen hæredum suorum emancipatione perdebant: nam, sicut diximus, emancipatio quæ minima est capitis diminutio vinculum potentiæ dirimit. Quod autem à Prætore non admissum fuit, et ut liber emancipatus jura amissa recuperaret, jus petendi possessionem

(1) D. 48-4-11. ff. Ulp. — Cod. 9: 49. 2. 4 et 6. — (2) D. 38-16. L. 1 § 4. — (3) Paul. Tit. 8, § 6.

bonorum *undè liberi* edicto obtinuit, vel cùm solus succederet, vel cùm aliis hæredibus suis propriè dictis (1). In hoc tamen ultimo casu, ad successionem bona per emancipationis tempus acquisita conferebat, ut ipsa collatio jura super hæreditariis bonis concessa compensaret. Quod justum erat, nam hæredes labore suo vel ære plerumque plurima bona acquisiverant, de quibus nec æs nec laborem emancipatus præstiterat (2).

Prætoris edictum liberos emancipati post emancipationem natos amplexum est, cùm emancipatus ipse mortuus esset. Tunc enim in ejus representationem vocabantur (3). Idem fuit de liberis natis antè patris emancipationem, ergà patris mortui successionem (4); uno verbo omnes descendentes qui quâcumque causâ è potestate patris egressi erant, dummodò cives romani essent, edictum amplexum est. — Propter hunc concursum, hæres suus jure civili sanè solus nomine est, sed in effectum pro parte fit successor.

De tamen liberis emancipatis distinguendum est. Alii egressi familiâ patris, ad aliam familiam non accesserunt; alii verò adrogatione vel adoptione ad aliam accesserunt. De primis suprâ satis diximus. — De aliis autem distinguendi tres casus sunt:

1° Moriente patre naturali, sunt adhuc in adoptivâ familiâ. Tunc prætoris edictum illis non succurrit, nam hæredes sui ergà adoptivum sunt;

2° Eodem tempore, emancipationem ab adoptivo patre jam consecuti sunt: tunc prætor, sicut suprâ exposuimus, illis subvenit;

3° Eodem tempore, sunt adhuc in adoptivi patris familiâ, sed posterius emancipati fiunt. — Tunc omne jus amiserunt et in familiâ naturalis, et in familiâ adoptivi patris. Quod jus durum est sed justum, nam iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos (5). Indè fit ut adoptio liberis noceat. Ut isto subveniret incommodo, Justinianus perfectam adoptionem et imperfectam admisit. — In imperfectâ, adoptatus omnia jura in naturali familiâ servabat, in adoptivâ vero jura hæreditatis ab intestato sola habebat, nisi emancipatus ab adoptivo fuisset. — In perfectâ, jura adoptati eadem quæ suprâ diximus fuere.

(1) Gaius C. 3 § 26. — (2) Ulp. frag. T. 28 de poss. dandis § 4. — (3) Dig. 37. 4. 3. pr. f. Ulp. — (4) Dig. 37. 6. f. Paul-21 f. Mod.-1. § 6 f. Ulp. — (5) Inst. lib. 3. tit. 1 § 10. De hærr. quæ ab int. def.

§ III.

De hæredibus suis, secundum constitutiones antè-Justinianeas.

Cognati erant omnes per feminas descendentes. Nunquàm ergo jure civili inter hæredes suos connumerari poterant. Indè fiebat ut nepos ex filio avi hæreditatem perciperet, dùm nepos ex filiâ ejusdem avi in hæreditate nulla jura exercere posset. Hanc juris iniquitatem imperatores abstulère.

Quædam Valentiniani, Theodosii et Arcadii constitutio partim saltem jura naturalia descendentium cognatorum restituit (1). Cùm filia idcirco antè patrem discederet, ex illâ nepotes cùm hæredibus suis patris defuncti concurrentes duas partes ex matris portione percipiebant, tertiâ parte propter favorem civilis vinculi ad hæredes suos remanente. — Si cùm agnatis à latere parentibus concurrerent, dodrantem recipiebant, quartâ parte quasi Falcidiâ ad agnatos remanente. — Si soli essent, omnem tanquam hæredes sui accipiebant hæreditatem.

§ IV.

De hæredibus suis, secundum Justinianum.

Justinianus hæc perfecit instituta. Quod ad per feminas descendentes liberos attinet, nil novi edixit, siquidem cùm hæredibus suis concurrerent; si verò cùm agnatis à latere parentibus, voluit descendentes omnem suscipere hæreditatem.

Quod ad emancipatos qui ad aliam familiam non accesserant, nihil mutavit. Quod autem ad adoptatos, voluit eos jura patris adoptivi extranei, id est non ascendentis, in hæreditate consequi, si modò intestatus mortuus esset auctor. Sin autem testamento exhæredati, vel omissi fuerant, ne possessionem contrâ tabulas quidem impetrare poterant; poterant tamen contrâ tabulas ascendentis naturalis. Extraneus adoptator adoptivo filio testamento aliquid attribuere necesse non habebat, ne quartam quidem bonorum partem, et si ex Senatusconsulto Sabiniano *ex tribus maribus* eum adoptaverit. Quid autem Senatus-

(1) Cod. Théod. liv. 5. const. 3.

consultum Sabinianum hoc privilegium adoptivo dedisset? Quænam esset adoptio facta ex isto senatus-consulto? Nemo dicere potest. Certum est cæterum hoc senatus-consultum Justiniani constitutione irritum factum esse.

Quomodo autem inter hos omnes hæredes hæreditatis distributio fieret nunc dicendum est.

Eadem divisio admittebatur quæ pro hæredibus suis propriè dictis : in capita vel stirpes, secundum casus. Verbi gratiâ, si emancipatus filius succedit cum hæredibus suis ex primo gradu, in capita dividitur hæreditas : per stirpes autem, si descendentes plurimi per filiam cum hæredibus suis concurrunt. Portionem enim filiæ percipiunt omnes, salvâ tamen tertiâ parte ad hæredes attributâ (1).

Cæterum illi omnes hæredes sui non sunt, sed similes tantum hæredibus facti sunt. Egressi è familiâ multi sunt : alii nunquam in familiâ fuere. Indè fit ut quodammodo domini bonorum, vivente patre, existimandi non sint. Itaque ipso jure, tanquam hæredes sui, hæreditatem non capiunt (2). Hæreditas illis acquiritur, vel aditione, vel possessione bonorum concessâ, et accipi vel repudiari ab illis potest. Quod de adoptivis, post Justinianum, verum amplius non est, ergâ patris naturalis hæreditatem. Nam adoptione nomen hæredum suorum non amittunt.

Quid autem juris, si non sunt hæredes sui propriè dicti, et si omnes hæredibus suis similes facti vocantur et hæreditatem tamen spernunt? Utrum bona transmittentur ad subsequentem gradum, an ad subsequentem hæreditatis ordinem? Certum est percipiendarum hæreditatum tum successionem non esse. De quo Ulpianus testis est : *successio in suis hæredibus non est* (3).

Et satis est de suis hæredibus.

SECT. II.

De legitimâ agnatorum successionem.

Si non sunt hæredes sui nec qui similes illis facti sunt qui percipiant hæreditatem, agnatus proximus, jure civili, familiam habet.

Agnati sunt per personas virilis sexûs conjuncti. Multi tamen sunt qui agnati jure civili non sunt et qui tamen successionem in ordine agnatorum suscipiunt. Itaque disseremus :

(1) Cod. 12. de suis et leg. hæ. — (2) Inst. Just. Cpr. §§ 8 et 15 de hæ. quæ ab int. def. Gaius C. 3. § 52. — (3) D. 38-16. 1 § 8.

1° *De agnatis jure civili.*

2° *De agnatis ex senatus-consultis.*

3° *De agnatis ex constitutionibus antè-Justinianeis.*

4° *De agnatis secundum Justinianum.*

§ I.

De agnatis jure civili.

In primo gradu agnatorum inveniuntur fratres et sorores germani et consanguinei, sive naturales, sive adoptivi (1).

Defuncti pater nunquam ad filii hæreditatem tanquam agnatus venit. Si filius enim non emancipatus fuerit, nulla bona acquirere potuit, præter castrensia vel quasi-castrensia peculia, de quibus sanè testamentum faciendi potestas illi data est. Si autem nullum fecerit testamentum, vel alio quodam modo intestatus decesserit, jure peculii non hæreditatis ad patrem hæc bona pertinent.

Si verò filius emancipationem consecutus sit, hæc minima capitis diminutio omne jus agnationis cum patre abstulit: itaque pater ad hæreditatem tanquam agnatus venire non potest, sed tanquam patronus emancipator, si modò contractâ fiduciâ emancipatio data sit. Cæterum ex constitutione Divi Justiniani liberorum emancipationes semper contractâ fiduciâ fieri videbantur.

Sed quo tempore filii-familiâs in bonis quæ à parentibus maternis dabantur jus ~~plenum~~ proprietatis habuere, Leo et Anthemius imperatores (2) filiorum qui intestati decedebant successiones detulerunt in primo ordine liberis defuncti, deindè fratribus et sororibus, tandem patri jure hæreditario: et deinceps castrensia et quasi-castrensia peculia jure hæreditario ad patrem venerunt. — Si avus existeret, pater bona suscipiebat, salvo ususfructûs jure quod ad proprium patrem pertinebat.

Agnati non omnes simul ad hæreditatem vocantur. Prior autem gradus posteriorem excludit. Et ipse vocatur qui priorem gradum obtinet, tempore quo certum est hæreditatis auctorem intestatum decessisse, id est mortis tempore, si nullum factum sit testamentum; et si testamentum defunctus fecerit, cum certum est hæredem institutum non potuisse vel noluisse hæreditatem capere.

Si plurimi sunt in eodem gradu agnati, in capita (3), id est æqualiter suc-

(1) Sent. Paul 4. 8 § 13. — (2) Cod. 6. 61. 3-4. 59. 11. — (3) Ulp. reg. 26. 4.

cessionem dividunt. Si quis hæreditatem spreverit vel capere aliquâ causâ non potuerit, cohæredibus partem ipsius adcreſcere certum est. Si verò omnes proximi ejusdem gradûs vel morte vel aliâ causâ hæreditatem accipere non potuerint aut noluerint, placuit in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse. Itaque posterioris gradûs agnati hæreditatem non accipient, sed ad gentiles pertinebunt bona.

Quod autem jus primis temporibus generaliter admittebatur. Prætores poteâ hanc corrigentes severitatem, ad bonorum possessionem agnatos subsequentes vocaverunt: hæc quidem bonorum possessio erat *undè legitimi*.

Deinceps Justiniano jure ad hæreditatem agnati subsequentes non tanquàm bonorum possessores, sed tanquàm hæredes vocati sunt. Et ipsi, quamvis longissimo essent gradu (1), cognatos vel proximos semper excluserunt, quod ex hoc tempore de hæredibus suis improprie dictis et in subsequente gradu venientibus idem fuit.

E lege duodecim tabularum, omnes agnati vel virilis vel feminei sexûs invicem ad hæreditatem veniebant. Prudentes autem, legem Voconiam interpretantes, omnes feminas, præter sorores consanguineas, ab agnatorum suorum successionem amovebant. Quâ de causâ, filie fratris, vel amitæ ad avunculum vel ad nepotem hæreditas pertinebat: hæreditas autem avunculi vel nepotis ad fratris filiam vel ad amitam non pertinebat.

Itaque ad masculos hæreditates plerumquæ confluebant.

Hoc jus inæquale *voconianâ ratione* admissum, juri prætorio locum cessit, ex quo femine ab bonorum possessionem quæ dicitur *undè cognati* vocatæ sunt, si modò nullus agnatus, neque proximior cognatus interveniat. Justinianus autem jus duodecim tabularum ad hoc omninò restituit.

§ II.

De agnatis ex senatus-consultis.

Mater et filii naturali vinculo, non civili, nisi mater in manu sit, invicem conjunguntur. Itaque jure civili nullum jus hæreditatis matri ergà filios, filiis ergà matrem concessum erat. Claudius imperator primus quædam matri tan-

(1) Inst. 3. 6. 12. — Dig. 38. 16. 2 § 1.

quàm solatium liberorum amissorum ~~jura~~ hœreditatis tribuit. Senatus-consultum Tertyllianum omnibus matribus ergà hœreditates filiorum jus generale adscripsit, quod simile erat juri Papià Popœâ lege constituto.

Quod jus tributum est matri alieni vel sui juris, ergà hereditates filiorum et filiarum, vel legitimorum, vel naturalium, vel vulgò quæsitorem. Nam senatus-consultum vinculum naturale solum spectat (1).

Duæ ab illâ conditiones adimplendæ tamen erant : 1° ingenua tribus liberis, liberta quatuor honoranda erat; 2° mater quinque et viginti annis major curatura erat ut intrà annum quàm tardissimè (2) tutor pupillo filio daretur. Si filius tutore nudatus in pupillari ætate discederet, mater nullum super hœreditate jus exercebat. Mater tamen excludebatur : 1° à descendentibus ex filio; 2° à patre; 3° à fratribus consanguineis. Si cùm sororibus consanguineis concurreret, dimidiam partem semper recipiebat. Omnibus aliis ascendentibus vel parentibus preferebatur.

Cæterum mater à filiis, fratribus vel patre defuncti excludebatur, si modò inter eos solos de hœreditate ageretur. Sin autem agatur de hœreditate inter matrem et agnatos alios ac fratres, verbi gratiâ, qui eam non excludentes, excludunt tamen liberos in aliam familiam adoptione admissos, tunc, etsi vivant liberi, mater sola succedet. Sed si agnati nulli sint, et ordo cognatorum veniat, tunc liberi adoptati matrem excludent. Nam in ordine cognatorum locum habent jure prætorio (3):

Quædam imperatorum constitutiones postea partem hœreditatis et matribus quæ jus liberorum non habebant (4) tribuere; quædam aliæ tertiam partem jus liberorum matribus habentibus abstulerunt, quæ pars ad certos agnatos attributa fuit. — Sed Justinianus jus hœreditatis et matribus unum liberum habentibus concessit : tunc si mater cùm fratribus consanguineis concurreret, hœreditas in capita dividebatur; si cùm sororibus, dimidia pars semper matri dabatur. Omnibus aliis agnatis prælata fuit (5).

Senatus-consultum Orphitianum ergà matris hœreditatem filiis jura constituit, vel naturalibus, vel legitimis, vel vulgo quæsitis, filiis cujuscunque sexûs, alieni vel sui juris, sed tamen primi gradûs. — Postea constitutione quâdam Valentiniâni, Theodosii et Arcadii idem jus nepotibus concessum fuit (6).

(1) Dig. 38 tit. 17. ad. sen. Teit. — (2) Dig. 38. 17. 2 § 43 ff. Ulp. — (3) Dig. 38. 17. 2 § 9. f. Ulp. — (4) Cod. 8 59. 1. — (5) Cod. 8. tit. 59. 2. — (6) Cod. Theod. 5. 1. 4. — Cod. Just. 6. 55. 9.

Jus hæreditatis secundum hæc senatus-consulta datum minimâ capitis diminutione non amittitur. Nam novæ hæreditates legitimæ capitis diminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur. Nec hoc mirum est. Etenim vinculum naturale solum spectatur.

§ III.

De agnatis ex constitutionibus Antè-Justinianæis.

Ex jure civili, fratres emancipati nec hæredes sui, nec agnati sunt. Prætor in ordinem hæredum suorum vocavit eos, sed imperator Anastasius primus eos inter agnatos connumerari voluit (1). Tunc concurrerunt cum fratribus et sororibus qui in familiâ semper remanserant: tamen hæredes fuerunt ex parte tantum dimidiâ partis cohæredum (2). Constitutio Anastasii ad liberos emancipati non attinet.

§ IV.

De agnatis secundum Justinianum.

Justinianus Anastasii constitutionem perfecit.

Primum, sicut supra diximus, omnes mulieres in suo ordine agnatorum collocari voluit.

Deindè Anastasii constitutionem de emancipatis fratribus vel sororibus confirmavit. — Deinceps partem eorum quantam fratrum agnatorum tantam esse præscripsit. Idem jus ad fratres et sorores uterinos, et utrorumque liberos ex primo saltem gradu extensum fuit (3).

Novam quoque edixit constitutionem ergà filios vulgò quæsitos, ex quâ, si mater illustris mulier esset, et alios filios ex justis nuptiis habuisset, vulgò quæsitii filii nullam ex ejus bonis partem, nec donatione, nec testamento, nec hæreditate ab intestato, percipere poterant (4).

Semper cæterum hæreditas in capita, non in stirpes dividitur. Et satis est quoque de agnatorum successione.

(1) Cod. 5. 30. 4. — (2) Paraphr. Théoph. — Vid. Vinnius. — (3) Cod. 6. 58. 15 §§ 1 et 3. Cod. 6. 56. 7. — (4) Cod. 6. 57. 5.

SECT. III.

De Gentilibus.

Si agnatus nullus sit, Gentiles familiam habent.

Quid sint autem Gentiles?

Ex Cicerone « Gentiles vocantur qui inter se eodem sunt nomine, ab ingenuis oriundi, quorum majorum nemo servitutem subiit et qui capite non sunt minuti. »

Multæ sententiæ de gentilitatis jure propositæ sunt. Quæ vera sit, nemo dicere auderet. De hoc jure quid censeamus dicendum est tamen, sed nostram sententiam verissimam esse sanè non asserimus.

Jus gentilitatis ad quandam familiam ingenuam pertinebat quæ super familiâ aliâ manumissâ, manumissione jus patronatûs acquisiverat. Gentilium familia semper in ipsâ extiterat, nec ab ullâ aliâ gente ortum tenebat. Familia manumissa ab ingenuâ gente contrâoriebatur. In servitute primùm vivere inceperat.

Hoc jus incognitum ad patricios solos pertinuisse in principio certum est. Deinceps commixtione plebeiorum et patriciorum mutatum est, donec omninò ablatum fuerit. — Gaii tempore obsoleverat (1).

CAP. II.

De hæreditate ab intestato secundum jus prætorium.

Prætor in hæreditatibus hæredum suorum vel agnatorum juris iniquitates correxerat. Sed non satis fuit. Si hæredes sui, nec agnati, nec gentiles essent, hæreditas ad fiscum transferebatur. In hoc casu prætor tertium successionis ordinem creavit, in quo cognati omnes locum tenuerunt. Et non quidem hæredes cognati tunc vocabantur (nam hæredes fiunt lege, constitutionibus vel senatus-consultis tantùm vocati), sed *bonorum possessores*.

Hoc jus hæreditatis in subsequenti regulâ resumitur : Omnes cognati, qui

(1) Gaius C. 3. 17. — Vid. Niebûrh. — Vico.

ad hæreditatem nullo jure accedere poterant, ex edicto, secundum proximitatis gradum, vocabantur.

Inter hos inveniuntur, verbi gratiâ, avunculus et matertera, et specialiter liber qui in adoptione tempore mortis ascendentis est, saltem antè Justiniani constitutionem. Nam tunc prætor illi possessionem *undè cognati* defert. Post Justinianum, id adhuc de adrógato verum est.

Liberi vulgò quæsitî ex edicto inter se succedunt (1), et ad successionem parentum per matrem (2) accedunt, secundum gradus proximitatem. Liberi naturales qui ex certo patre nati sunt, succedunt quoque patri et aliis per patrem parentibus.

Cognatus proximus posteriorem excludit. Hæreditas in capita dividitur (3). Sed dum agnati ad infinitum succedant, cognati usque ad sextum gradum inclusivè succedunt; in septimo gradu tamen, nati natæve à sobrino vel sobrinâ vocantur.

CAP. III.

De jure successionis ex Novellis Justinianeis.

Jus duodecim Tabularum paulatim à prætore et constitutionibus quibusdam, quod ad hæreditates attinet, temperatum erat. Justinianus Novellas edixit, ex quibus jus naturale omninò restitutum fuit.

Tres ordines successionis Novellis instituuntur.

I. *De successione descendantium.* — Omnes liberi cujuscunque sexûs, ad successionem ascendentium soli vocantur. Nepotes et alii filium mortuum repræsentant. Si liberi sunt primi gradûs, hæreditas in capita dividitur; in stirpes, si liberi primi gradûs cum nepotibus, vel si nepotes soli succedunt. Quæ jura attribuantur liberis sui vel alieni juris. In hoc tamen ultimo casu, ususfructus ad ascendentem pertinet.

II. *De successione ascendentium.* — Si liberi non sunt, ascendentes vocantur et excludunt omnes parentes à latere, nisi sint fratres et sorores germani, vel simul quorundam liberi, ex Novellâ CXXVII. Proximus gradus posteriorem excludit. Si multi sunt in eodem gradu ex unâ lineâ, in capita hæreditatem totam

(1) Dig. 38. 8. 2 f. Gaius et 4 f. Ulp. — (2) Dig. 38. 8. 8 f. Ulp. — (3) L. 10 ff. Und. cogn.

dividunt. Si multi sunt in eodem gradu ex duobus lineis, cuique lineæ dimidia pars attribuitur, et ex quaque lineâ ascendentes inter se dimidiam partem in capita dividunt.

Si cùm fratribus concurrunt, omnes in capita dividunt, et pater in bonis fratrum nullo fruitur usufructu.

Omnes ascendentes cùm fratribus concurrere possunt, quod generaliter admissum est (1).

Si fratres soli sunt, vel quorundam mortuorum liberi, in secundo ordine vocantur.

Si liberi mortuorum fratrum soli sunt, sed quidam si ascensum vivit, ab ascendente excluduntur.

III. *De successione parentum à latere.* Tertio ordine vocantur descendentes ex fratribus germanis mortuis, deinde fratres et sorores consanguinei vel uterini. Representatio in favorem liberorum admittitur. Post hos omnes vocantur alii parentes, secundum gradum, cùm quibus distributio in capita semper adhibetur. Nam liberi representationis beneficio frui tunc non possunt.

Ex hoc tempore agnati à cognatis non dissimiles ex jure sicut ex naturâ sunt. Quod de hæreditate edictum est, ad tutelas quoque spectat. Catholici tamen soli hoc jure fruuntur.

Itaque jure naturali deinceps jus civile superatum est.

CAP. IV.

De successione libertorum.

Liberti nec gentem nec familiam habent. Illis nec ascendentes, nec descendentes, nec agnati, nec cognati, tempore manumissionis sunt. Sed post manumissionem justas nuptias contrahere possunt. Ex hoc familiam incipiunt habere, et si liberi nascuntur, hæredes sui sunt. Attamen manumissoris familiæ patronatus vinculis alligantur. Patronus et liberi quodammodo liberti agnati sunt, et in hoc nomine jura successionis habent. Quæ sint hæc jura in summâ videamus.

Multi periodi nobis investigandi sunt.

I. *De jure duodecim tabularum.* — Liberti hæreditas secundum subse quen-

(1) Contrà Voët

tem ordinem defertur : 1° hæredibus suis sive naturalibus , sive adoptivis ; 2° patrono et, deficiente patrono, liberis ejus qui per capita dividunt et qui omnes concurrunt (1), nisi pater libertum uni vel pluribus assignaverit : tunc enim qui assignationem receperunt soli succedunt (2). Quod de hæreditate ab intestato verum est. — Sin autem libertus testamentum fecerit, testamentum lex erit, nec hæredes sui, nec patronus nec patroni liberi ulla jura suprâ hæreditate exercere poterunt.

Quod de patrono, de patronâ quoque dicemus.

Si de libertâ agitur, patronus semper in primo gradu venit, nam liberta non hæredes suos habere, nec testamentum contrâ patronum et invito eo, facere potest : nam patronus tutor est.

II. *De jure prætorio.* — Hæredes sui naturales soli in primo gradu vocantur, sive in familiâ semper remanserint, sive emancipati vel adoptati sint. Si verò testamentum factum est, non succedunt, nisi pro parte instituti sint, vel præteriti possessionem contrâ tabulas petierint (3). Secundo ordine vocatur patronus, qui dimidiam bonorum partem semper recipit, vel in hæreditate ab intestato, vel in testamentariâ hæreditate, cum libertus hæredes suos adoptivos, solum vel mulierem in manu reliquerit.

Jus duodecim tabularum ergâ libertam et patronam idem remansit (4).

Liberi autem patroni, si masculini sexûs sint, ad jura patris succedunt ; si muliebris sexûs, jus tabularum tantum habent (5).

III. *De lege Papiâ Popæd.* — Jura patroni secundum liberorum numerum variant. Pro parte virili vocatur, in omni successione liberti, nisi iste plures quàm duo liberos, vel minus quam centum millium sestertium reliquisset.

Circâ libertas, hæc lege cautum est ut quæ quatuor liberis enixæ erant à tutelâ patronorum eximerentur, et testamentum, non auctore patrono, faciendû jus haberent. Sed patrono vel liberis ejus masculini sexûs pro numero liberorum libertæ pars virilis attributa in omni successione fuit.

Filiæ patroni quæ tribus liberis enixæ erant servaverunt jura *edicto concessa* patrono ipso et maribus liberis. Idem jus patronæ ingenuæ quæ duobus, libertinæ quæ tribus honoratæ erant, tributum est.

Ingenua tamen patrono quæ tribus liberis enixa erat, jura legis Papiæ obtinuit (6).

(1) Dig. 38. tit. 2. — (2) Ulp. Reg. 27. 4. Sent. Paul. 3. 2 § 3. — (3) Ulp. Reg. 19. 2. Gaius 3. 43. — (4) Gaius 3. 49. — (5) Ulp. Reg. 29. 4. — (6) Ulp. Reg. 29. 5 à 7.

IV. *De jure Justiniano.* — Nulla inter jura patroni vel patronæ, nec liberorum pro sexu, nec inter hæreditatem liberti vel libertæ discrimina jam sunt.

Ab intestato hæreditas sic defertur.

1° Liberis liberti, vel etiam per servitutis tempus natis, quantuncumque sit patrimonium.

2° Patrono vel patronæ, vel illis deficientibus, eorum liberis, tanquam agnatis, inter quos per capita dividitur hæreditas;

3° Parentibus à latere patroni vel patronæ, usque ad quintum gradum, tanquam cognatis.

Quod jus tunc amplectebatur libertos cives romanos. Nam ulli alii erant, Latinis et Dediticiis jam sublati.

CAP. V.

De quibusdam aliis hæreditatibus.

Præter parentes, sunt alii quibus, certâ quâdam ratione, lex jura successionis concedit. Uno verbo de his tractandum est.

1° Sponsus supervivens sponso sine parentibus mortuo succedit (1).

2° Si maritus opulens decedit, viduam egenam nec dotatam, et plures quam tres liberos relinquens, vidua pro parte virili succedit. Si tres tantum liberos vel minus relinquit, vel alios parentes, vidua pro quartâ parte succedit, cujus proprietatem meram obtinet, nisi simul ac liberi ex suis cum defuncto nuptiis orti ad successionem veniat, quo casu usumfructum solum acquirit (2).

3° Qui insanum curavit, hæredibus testamentariis vel ab intestato curare recusantibus, ad hæreditatem insani defuncti vocatur, et hæredes ipsos excludit (3).

4° Curia decurioni sine hæredibus defuncto hæres est (4).

5° Collegium naviculariorum naviculario quoque succedit (5).

6° Idem est de legione ergà militem defunctum (6).

7° Idem de ecclesiâ in quâ clericus sacrum munus exercebat.

(1) D. 38. 2. — Cod. 6. 18. — (2) Nov. 117. C. 5. — (3) Nov. 115. C. 3 § 12. — (4) Cod. 6. 62. Const. 4. — (5) Cod. 6. 62. Const. 1. — (6) Dig. 38. 12. — Cod. 6. 62. Const. 2.

8° Idem de monasterio erga monachum vel monacham (1).

9° Qui cum principe aliquid defuncto dedit, rei datæ tanquàm socius liberalitatis principis succedit (2).

10° Omnibus hæredibus deficientibus, fiscus tandem succedit.

Intrâ quartum annum accipere hæreditatem debet, aliter ad possessorem pertinet hæreditas (3).

Nunc itaque de omnibus ab intestato hæreditatibus in summâ tractavimus.

(1) Cod. 13. Const. 30. — Nov. 131. Const. 13. — (2) Cod. 10. 14. Const. Unic. — (3) D. 38. 9.

DROIT CIVIL.

De l'hypothèque légale de la femme.

Interest reipublicæ mulierum dotes salvas esse !...

Une bonne loi sur le système hypothécaire est depuis long-temps attendue. Le travail des siècles passés sur cette importante matière, n'a pas abouti à un résultat qu'il soit permis d'accepter comme définitif, et sur lequel on doive désormais se reposer de toutes les sollicitudes inspirées jusqu'à ce jour par la propriété immobilière et le crédit privé. Le Code civil qui, à son apparition, n'avait excité qu'un cri général d'admiration pour l'œuvre remarquable qu'il offrait aux besoins sociaux, s'est vu, après réflexion, exposé à bien des reproches dont l'un ne tend à rien moins qu'à l'abaisser sous certains rapports au-dessous du niveau auquel s'élevait la législation immédiatement antérieure. Ses détracteurs lui ont fait le procès surtout à l'occasion du régime hypothécaire qu'il a consacré. Ils ont vu dans la plupart de ses dispositions à cet égard, une atteinte portée à la sûreté des transactions civiles, et il faut le reconnaître, le blâme qu'ils lui ont adressé ne manque pas complètement de bases.

Cependant il faut être juste et pour quelques imperfections que l'on peut signaler, il ne faudrait pas systématiquement tout désapprouver ; pour faire disparaître ces imperfections, il ne faudrait pas tout anéantir : car on pourrait courir le danger, tout en corrigeant ce qui est mauvais, de détruire ce qui est bon et on n'arriverait jamais ainsi à une loi parfaite. Or, si le Code civil a consacré un système qui, sous le rapport de la sûreté des transactions or-

dinaires, ne présente pas toutes les garanties désirables, il faut reconnaître aussi qu'il a eu la sagesse de ne pas sacrifier à ces transactions elles-mêmes, la sûreté des personnes que leur incapacité ou leur faiblesse pouvaient exposer à des pertes irréparables. C'est dire que le système de la loi sur l'hypothèque légale des femmes mariées, nous paraît conforme à leurs véritables intérêts, autant qu'à l'intérêt général auquel ils se rattachent intimement. Il importe en effet à l'ordre public que les droits de la femme soient sauvegardés : c'est une vérité qui a de tout temps été proclamée. Civilement incapable par elle-même, naturellement inexpérimentée pour les affaires, soumise à un pouvoir assez fort pour la dominer, quand il n'est pas assez adroit ou assez insinueux pour la subjuguier, facile d'ailleurs à se laisser aller à la pente naturelle de ses affections qui ne lui commandent rien moins que la résistance, la femme pouvait, dans bien des cas, se trouver exposée sans défense, aux désastreuses conséquences d'une administration mal dirigée par son mari, et voir disparaître ainsi sans retour le patrimoine apporté en dot ou péniblement acquis pendant le mariage, et qui servait à la famille de garantie et de ressources pour les nécessités de l'avenir. Il fallait donc assurer à la femme un recours utile, dans tous les cas, et pour cela, il fallait établir pour elle un droit qu'elle n'aurait peut-être pas osé se réserver. C'est cette nécessité qui a fait créer l'hypothèque légale. — Cette hypothèque une fois créée, fallait-il pour la faire vivre, l'assujettir à des formalités, sous le prétexte que l'intérêt des tiers y pouvait trouver son avantage ? Mais qui aurait rempli ces formalités ? La femme ? Il y avait pour la dispenser de les remplir elle-même, les mêmes raisons qui fesaient qu'il fallait créer l'hypothèque en sa faveur, sans l'obliger à la stipuler. Dans l'un et l'autre cas, il y avait à craindre les influences que l'on pouvait faire agir pour la priver de ses garanties. Le mari ? Mais comment le mari pouvait-il être supposé assez soigneux des intérêts de sa femme, pour les lui conserver, alors que l'hypothèque n'était créée qu'en considération des négligences au moins, sinon des fautes possibles de sa part ? Les parens ? Les amis ? Mais qui pouvait garantir l'exactitude de ces mandataires ? Et alors qu'il s'agissait de protéger un droit sacré, fallait-il donc le laisser exposé à des chances aussi incertaines ?.... Non, puisqu'il était nécessaire de créer un privilège, il fallait le créer de manière à ce qu'il pût vivre par lui-même, et c'est ce qui a été fait. L'hypothèque existe sur les biens du mari, par le fait seul du mariage, indépendamment de toute inscription, voilà pour la femme. Le mari devra seulement faire inscrire, à peine d'être réputé stellionataire, s'il vient à vendre ou à hypothéquer ses immeubles sans déclarer qu'ils sont grevés de l'hypothèque légale de la femme : le

procureur du roi du domicile du mari devra, dans le cas de négligence de celui-ci, faire inscrire l'hypothèque : les parens, la femme, pourront aussi requérir l'inscription. Voilà pour les tiers. La loi ne devait pas faire autre chose.

Mais, dira-t-on, les tiers qui traiteront avec le mari, pourront ignorer sa qualité; en supposant qu'ils la connaissent, ils ne pourront savoir quelle est la quotité des sommes pour lesquelles la femme peut exercer son hypothèque, et s'ils traitent pourtant avec lui, ils pourront se trouver frustrés de tous leurs droits par l'exercice d'une hypothèque légale qu'ils ne pouvaient pas soupçonner, dans un cas, dont dans l'autre ils ne pouvaient connaître l'étendue. — A cela il est facile de répondre. Dans le premier cas, il était possible de savoir la qualité de celui avec qui l'on traitait et l'on était à ses risques et périls, obligé de la connaître : au surplus, il vaut toujours mieux préférer l'intérêt de la femme qui est dans l'impossibilité absolue de se prémunir contre les actes du mari, qu'elle peut même ignorer, à l'intérêt du tiers qui, s'il avait des doutes, ou s'il n'avait pas assez de foi en celui avec qui il devait traiter, avait la faculté de s'abstenir et de se prémunir ainsi contre toute surprise. Dans le second cas, il faut dire que le tiers ne serait pas dans une position plus favorable, quand même la loi aurait soumis l'hypothèque légale à la formalité de l'inscription : car il est de la nature de cette hypothèque d'être indéterminée, par la raison que les sommes ou les droits qu'elle garantit dépendent d'événemens et de circonstances qu'il est impossible de connaître. Comment calculer en effet le nombre des actes que peut faire le mari ? Comment savoir si son administration sera bonne ou mauvaise ? L'on vient se heurter ainsi contre une impossibilité. Il n'y a qu'un moyen d'en sortir, c'est de dire que le législateur aurait dû déterminer d'avance le chiffre au-delà duquel les garanties de la femme ne pourraient plus être exercées. Quant à nous, nous laissons à ceux qui considéreraient ce moyen comme une heureuse innovation, le soin d'en démontrer l'équité, et nous nous contentons de l'exposer, pour prouver que le législateur ne pouvait pas faire meilleure la position des tiers dans cette circonstance, alors même qu'il eût voulu obliger la femme à faire inscrire son hypothèque.

En présence de cette impossibilité, que reste-t-il à dire pour prouver que le législateur, outre les puissans motifs qu'il avait de ne pas exiger l'inscription, ne devait pas raisonnablement le faire ? Il suffit d'ajouter que l'inscription était à peu près inutile ; car, elle ne pouvait contenir que l'énonciation des créances indéterminées de la femme, de la qualité du mari et de la quotité des biens affectés. Or l'énonciation des créances indéterminées de la femme ne peut aboutir à aucun résultat avantageux et elle est vraiment puérile ; la qualité du mari est

certainement plus connue par le fait si notoire du mariage, qu'elle ne pourrait l'être par une inscription ; et quant à la détermination de la quotité des biens, elle n'apprendrait que ce que tout le monde sait très-bien, que tous les biens sont affectés.

Les tiers ont un moyen assez efficace d'ailleurs de se garantir contre tout danger, pour qu'en présence de l'intérêt si précieux de la femme et de la famille, la loi se montrât remplie de sollicitude pour cet intérêt seulement. Les tiers peuvent demander et obtenir de la femme la renonciation à son hypothèque légale sur les biens qu'ils veulent acquérir ou sur lesquels ils veulent obtenir des droits. Cette renonciation est souvent possible, et elle offre généralement toutes sûretés.

Reste donc dans toute sa rationalité le principe que l'hypothèque légale de la femme existe et doit exister sans inscription. Le Code civil n'a fait qu'appliquer la grande maxime depuis si long-temps proclamée et si souvent répétée : *Interest reipublicæ mulierum dotes salvas esse* ! Car ce n'est qu'en considération de cet intérêt puissant qu'elle a fait exception au principe non moins important de la spécialité et de la publicité des hypothèques.

Du reste, le Code civil n'a pas créé cette exception. Elle avait déjà trouvé sa place dans la législation antérieure. Dans les provinces de *nantissement* où l'inscription seule pouvait donner vie à l'hypothèque, l'hypothèque de la femme en était affranchie. L'édit de 1673, publié par le grand roi, qui créa le premier un véritable système de publicité pour les hypothèques, et dans lequel on trouve le germe d'une foule de dispositions de notre Code civil sur cette matière, avait formellement dispensé de l'*enregistrement des oppositions* (c'était alors par une opposition enregistrée, dans des greffes établis à cet effet, que se manifestait l'hypothèque) l'hypothèque légale des femmes mariées. Ce principe, il est vrai, ne trouva pas grâce devant les dispositions de la loi du 9 Messidor an 3. Mais il est permis de suspecter la sagesse de cette loi, lorsqu'on songera que son but principal, tout en organisant le système de la publicité pour toutes les hypothèques, était de mobiliser la propriété, au moyen des *cédules hypothécaires*, transmissibles par l'*endossement à ordre*. Que devenait avec une pareille loi la garantie des droits de la femme mariée ? La mobilisation de la propriété du mari, c'était évidemment la ruine de la femme.

La loi de Messidor demeurée d'ailleurs inexécutée, ne mériterait pas même d'être mentionnée si, la première, elle n'avait donné l'idée de l'inscription hypothécaire. C'est cette idée qui a été si heureusement développée par la loi du 11 Brumaire an 7. C'est dans cette dernière loi que le Code civil a puisé sa théorie sur la spécialité et la publicité de l'hypothèque. Il a changé pourtant le prin-

cipe de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, formellement reconnue par la loi de Brumaire. Beaucoup de bons esprits, sous le patronage desquels nous n'avons rien de mieux à faire que de placer notre opinion sur ce point, pensent que ce changement est une amélioration ; mais un plus grand nombre encore pensent que le Code civil aurait dû s'en tenir à ce changement, et ne pas rejeter le principe éminemment protecteur de la nécessité de la transcription, comme condition de validité des contrats translatifs de propriété, vis-à-vis des tiers. Ce reproche est le plus grave, et, il faut le dire, le plus juste qu'on ait adressé à notre loi hypothécaire.

Les législations étrangères qui ont adopté le système de loi française sur l'hypothèque légale de la femme, en le perfectionnant dans certains détails, se sont laissées trop facilement engouer par la réputation prodigieuse que notre Code avait acquise, à son début, et n'ont pas su, même avec le temps, y corriger le défaut capital que tout le monde a pourtant signalé. Sous ce rapport, les législateurs Napolitain et Piémontais ont eu tort. Profitant de l'œuvre du législateur français, c'était un devoir de reconnaissance pour eux d'avertir celui-ci des imperfections de son travail, en les faisant disparaître. La leçon venant d'eux, eût été peut-être mieux sentie et eût amené le résultat auquel il était si utile d'arriver. Le conseil donné par eux aurait inspiré d'autant plus de confiance qu'il eût semblé provenir d'un éclectisme intelligent et éclairé qui aurait su démêler dans une institution qui lui était proposée pour modèle les bons et les mauvais principes. En voyant tout accepter, au contraire, le législateur français dut tout croire bon, et déjà fier du succès immense de son œuvre, il dut la supposer parfaite. La leçon venue de l'Autriche et de la Bavière ne pouvait pas le toucher au même degré. Il devait penser qu'elle ne s'adressait pas à lui ; car les Codes Bavaurois et Autrichien devaient n'être pour lui que l'expression des mœurs nationales, qui depuis si long-temps étaient habituées aux formes de toute espèce dans toute espèce de contrats. Aussi bien ces deux Codes ont-ils poussé jusqu'à ses dernières limites le principe de *l'inscription translatrice de propriété*, qui n'est autre chose sous un autre nom, que la transcription de la loi de Brumaire. Malgré cela, le Code civil est resté ce qu'il était sous ce rapport : une œuvre imparfaite.

Mais ce serait nous éloigner de notre sujet que d'examiner à fond l'utilité de la transcription. Nous avons dû en dire un mot, pour ne pas omettre de nommer le vice capital d'une législation qui, à tant d'égards, mérite d'un autre côté l'admiration qu'elle avait tout d'abord excitée. Quant à l'hypothèque légale de la femme et à ses privilèges, nous avons dû, avant d'aborder notre matière, en

donner une idée générale et exposer en même temps les motifs qui avaient porté le législateur à se montrer si favorable à ce droit. Aussi bien ces notions générales nous serviront-elles dans l'examen de certaines questions, et nous nous trouverons ainsi dispensés de nous étendre dans le courant de la discussion sur l'esprit de la loi, qu'il ne faut jamais perdre de vue pour arriver à une solution exacte. Cela posé, nous pouvons entrer dans l'explication des textes dont nous connaissons le but, et nous n'avons plus qu'à examiner les difficultés d'application du système général dont nous avons essayé de donner par avance une idée.

Mais auparavant il importe de diviser notre matière. Elle se résume en dix points principaux auxquels nous rattacherons tout le système de la loi, que nous essaierons, malgré la longueur du sujet, d'exposer le plus brièvement et à la fois le plus complètement qu'il nous sera possible, pour concilier ainsi les obligations qui nous sont imposées avec les limites qu'il ne nous est pas permis de dépasser dans une thèse. Nous nous demanderons donc successivement :

1° Quelle est l'origine et quel est le caractère de l'hypothèque légale de la femme ?

2° Quelle est son étendue ?

3° Sur quels biens elle s'exerce ?

4° A partir de quelle époque existe-t-elle ?

5° Quels sont les privilèges de l'hypothèque légale, quant à sa manifestation extérieure ? Quelle est sa durée ?

6° Quelles sont les règles de la renonciation, de la radiation et de la réduction consenties en faveur du mari ?

7° Quelles sont les règles de la renonciation et de la subrogation en faveur des tiers ?

8° Quels sont les effets de l'hypothèque légale vis-à-vis des créanciers et vis-à-vis des tiers-détenteurs ?

9° Quelles sont les règles de la purge de l'hypothèque légale ?

10° Quelles sont les modifications que subit l'hypothèque légale, en cas de faillite du mari ?

SECTION I^{re}.

Quelle est l'origine et quel est le caractère de l'hypothèque légale de la femme ?

L'hypothèque légale de la femme n'existait pas dans l'ancien droit romain. A cette époque, sa position dans la famille la plaçait trop directement sous la main

de son mari, pour que la loi ne considérât pas comme une atteinte portée à l'autorité du chef qu'elle lui avait donné, l'introduction en sa faveur d'un droit aussi coercitif que celui de l'hypothèque légale. C'était à elle à pourvoir à ses sûretés en faisant consentir par avance son *futur maître* à la concession d'une hypothèque spéciale; mais cette hypothèque ne lui donnait pas plus de droits qu'à tout autre; et si elle ne l'avait pas stipulée, elle n'avait qu'un simple privilège personnel vis-à-vis des créanciers chirographaires de son mari.

Mais au temps de Justinien, la femme réhabilitée dans tous ses droits naturels, vit aussi augmenter ses droits civils, et la faveur, il faut le dire, fut poussée jusqu'à l'injustice, vis-à-vis des tiers. Elle obtint d'abord une hypothèque tacite et privilégiée sur son fonds dotal, soit que le mari en fût seulement l'administrateur, soit qu'il en fût devenu propriétaire par l'estimation, et cette hypothèque lui donna le droit, soit de se faire payer sa dot sur le prix par le tiers-détenteur, si l'immeuble avait été vendu, soit de le revendiquer comme sien. Jusque-là la faveur n'était que de la justice vis-à-vis de la femme. Mais postérieurement la femme obtint une hypothèque tacite sur tous les biens de son mari pour la restitution de sa dot, pour son augment de dot, pour sa donation *propter nuptias*, et ses biens paraphernaux; et, en ce qui concerne la restitution de la dot et l'augment de dot en immeubles, l'hypothèque fut tellement privilégiée, qu'elle fut préférée à celle des créanciers antérieurs à la femme qui eux-mêmes avaient acquis, soit un privilège, soit une hypothèque. Cette dernière innovation fut l'œuvre de la fameuse loi *Assiduis*, qui souleva tant d'improbation qu'on chercha à l'éluder à l'aide des subtilités les plus minutieuses, et qu'elle ne put obtenir en France la force de loi qu'avait obtenue le droit romain en général, dans les pays de droit écrit. L'ancienne jurisprudence adopta seulement le principe de l'hypothèque générale, à laquelle elle donna la préférence sur toutes les hypothèques postérieures. L'art. 1572 du Code civil a rejeté le principe de la loi *Assiduis* en déclarant que la femme n'aurait pas de privilège sur les créanciers antérieurs du mari, et l'art. 2121 a consacré le principe de l'hypothèque tacite sur tous les biens du mari, principe plein de sagesse et qu'il appartenait à notre législation de ne pas méconnaître.

L'origine de l'hypothèque légale de la femme étant ainsi expliquée, est-il besoin de nous étendre sur le caractère distinctif de cette hypothèque?

Ce que nous en avons dit dans notre préambule, nous dispense de tout développement à ce sujet. Il nous suffit donc d'énoncer le principe: l'hypothèque de la femme étant légale, existe indépendamment de toute stipulation. De plus, elle est générale, et, par conséquent, elle grève tous les immeubles présents et à venir du mari. (Art. 2116-2117-2122.)

SECT. II.

Quelle est l'étendue de l'hypothèque légale de la femme ?

Nous devons nous demander maintenant quelles sont les créances pour lesquelles la femme mariée peut exercer son hypothèque légale ?

Avant de répondre à cette question, nous devons définir quelques expressions. Qu'entend-on par *dot* ? La dot, aux termes de l'art. 1540 du Code civil, c'est tout ce que la femme apporte à son mari pour supporter les charges du mariage, soit qu'elle se marie sous le régime de la communauté, soit qu'elle se marie sous le régime dotal.

Qu'entend-on par *conventions matrimoniales* ? Les conventions matrimoniales sont toutes celles qui sont renfermées dans le contrat de mariage, qui contiennent les conditions de l'administration du mari, ou qui ont pour objet de procurer quelque avantage aux époux, tels que donation, gains de survie, préciput.

Qu'entend-on par *biens paraphernaux* ? Ce sont, d'après l'art. 1574, tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot.

Qu'entend-on par *biens propres* ? Les biens propres sont ceux qui appartiennent spécialement à chacun des époux, soit sous le régime de la communauté, soit sous le régime dotal.

Qu'entend-on par *reprises* ? Les reprises sont toutes les créances, tous les droits dotaux ou extra-dotaux que la femme peut réclamer du mari.

Cela posé, nous pouvons répondre à la question que nous nous sommes proposée : Quelles sont les créances protégées par l'hypothèque légale ?

Aux termes des art. 2121 et 2135, la femme a une hypothèque légale sur les biens du mari pour ses *droits et créances*, spécialement pour raison de la *dot* et des *conventions matrimoniales*, pour les *sommes dotales* échues ou *donations* faites pendant le mariage, pour l'*indemnité des dettes* qu'elle a contractées avec son mari et pour le *remploi de ses propres aliénés*.

La loi de Brumaire an VII, art. 21, dont les articles précédens ne sont que le développement, donnait hypothèque légale à la femme *pour raison des conventions et droits matrimoniaux*.

En présence de dispositions aussi générales, nous pensons que l'hypothèque légale existe :

1° Pour les créances paraphernales, capitaux, intérêts ou fruits, lorsque

le mari a administré les biens de la femme ou qu'il est devenu d'une manière quelconque débiteur de droits paraphernaux.. Ces créances sont, en effet, des *droits* se rattachant à des *propres*, protégés par les art. 2121 et 2135, et constituent des *reprises*, pour lesquelles la femme, aux termes des art. 2140, 2144, 2193 et 2195, a une hypothèque légale ;

2° Pour le remploi des biens dotaux aliénés, lorsque la femme a, dans son contrat de mariage, permis au mari de les vendre, à charge de remploi. C'est, en effet, là un droit se rattachant essentiellement *aux conventions matrimoniales* pour lesquelles l'art. 2135 donne formellement l'hypothèque ;

3° Pour la reprise des biens dotaux indûment aliénés, lorsque les époux étaient mariés purement et simplement sous le régime dotal. C'est, en effet, là une *créance pour raison de la dot*, en faveur de laquelle l'art. 2135 donne formellement l'hypothèque ;

4° Pour les intérêts ou fruits de la dot, par application du principe : *accessorium cedit principali*.

Que déciderons-nous pour les frais de la demande en séparation de biens, intentée pour arracher la dot aux dilapidations du mari ?

Il est incontestable que ces frais exposés pour la conservation de la dot, doivent jouir des mêmes privilèges que celle-ci ; ils forment un accessoire de la dot et doivent suivre le sort du principal. D'ailleurs, il ne faudrait pas, en refusant ce privilège, donner le moyen d'éluder facilement les précautions prises par la loi pour mettre la dot en sûreté.

Les créances alimentaires de la femme jouissent-elles du privilège de l'hypothèque légale ? Il nous paraît que les *droits et créances* dont parle l'art. 2121, se rattachent uniquement à l'administration des biens ou aux indemnités pour dettes. Les créances dont nous nous occupons, nous semblent être une charge purement personnelle au mari ne pouvant jamais, en vertu de la loi seule, se convertir en créance hypothécaire.

SECT. III

Sur quels biens s'exerce l'hypothèque légale de la femme ?

L'art. 2122 pose un principe qui répond d'une manière générale à cette question : « Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur » tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui » appartenir dans la suite. » Donc l'hypothèque légale de la femme peut s'exercer sur tous les biens présents et à venir du mari.

Le principe est des plus simples dans sa généralité. Mais les difficultés d'applications sont assez sérieuses.

L'hypothèque légale frappe-t-elle les conquêts de la communauté revendus à des tiers pendant sa durée? Nous répondons affirmativement, si la femme n'a pas été partie au contrat et qu'elle ait renoncé à la communauté, en vertu du droit que lui en donne l'art. 1453 du Code civil. En effet, il est incontestable que lorsque ces immeubles sont entrés dans la communauté, le mari est devenu propriétaire définitif de la moitié de ces biens : donc en vertu de l'art. 2122, l'hypothèque a grevé aussitôt ces *biens présents* du mari : quant à l'autre moitié, elle a pu lui appartenir éventuellement, dans le cas où la femme renoncerait. Si elle renonce, la condition qui suspendait le titre de propriétaire sur la tête du mari s'accomplit, et à ce moment aussi ces biens devenus *présents* sont grevés de l'hypothèque. La femme, en vertu des art. 883 et 1476 est censée n'avoir jamais été propriétaire de ces immeubles ; le mari est censé l'avoir toujours été : donc toujours ils ont été affectés à l'hypothèque de la femme, et ils n'ont pu passer entre les mains des tiers, libres de toutes charges. — Dans ce cas, les acquéreurs agiront donc prudemment en exigeant l'intervention de la femme au contrat : alors la femme devient garant de la vente, et si plus tard elle voulait exercer son hypothèque ; elle serait repoussée par la maxime : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Un arrêt de la cour de cassation du 9 novembre 1819 a consacré ces principes. — Nous appliquerions la même doctrine aux conquêts hypothéqués à des tiers par le mari, durant l'existence de la communauté. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

L'hypothèque légale frappe aussi l'immeuble donné en échange et celui reçu en contre-échange. L'immeuble donné en échange en est évidemment grevé, et ne peut en être affranchi que par les voies légales. L'immeuble reçu en contre-échange y est soumis en vertu de l'art. 2122 : car il devient immeuble du mari. Ce résultat qui semble au premier abord doubler injustement les garanties de la femme dans cette circonstance, au préjudice du tiers échangeur, n'est pas différent de celui qui proviendrait de la vente d'un immeuble du mari, dont le prix serait employé à l'acquisition d'un autre immeuble. Or, dans ce cas, l'on ne se récrie nullement, et l'on a raison, car les principes une fois admis, il faut savoir en admettre les conséquences. Il faut donc accepter ces conséquences dans les deux cas.

L'hypothèque légale s'étend encore aux biens que le mari a pu acquérir depuis la mort de sa femme : l'art. 2122 ne distingue pas les biens acquis

durant le mariage, de ceux acquis après sa dissolution. Il donne l'hypothèque sur tous les biens *qui pourront appartenir au débiteur dans la suite*. Ces expressions sont trop générales pour qu'il soit permis de les restreindre. D'ailleurs, la faveur due aux créances garanties par l'hypothèque légale est toujours la même, quoique ce soient les représentans de la femme qui viennent les exercer. — Si un immeuble affecté par un tiers à la sûreté de la dot de la femme, devient la propriété du mari, l'hypothèque, de conventionnelle qu'elle était, devient légale, et jouit de tous les privilèges attachés à cette qualité. Il serait fort étrange en effet, que cette hypothèque restât soumise à toutes les formalités ordinaires, alors qu'elle en serait affranchie, si la femme n'avait eu sur l'immeuble aucune espèce de droit. Dans ce cas, l'art. 2122 est évidemment applicable, et les motifs qui ont fait admettre l'hypothèque légale pour sûreté de la dot, sont incontestablement les mêmes.

Si des donations ont été faites au mari dans le contrat de mariage par des tiers qui ont stipulé le droit de retour, la femme peut néanmoins exercer son hypothèque sur les biens qui y sont compris, aux termes de l'art. 952 du Code civil. Mais ce recours n'est donné à la femme sur ces biens, qu'autant que les autres biens du mari ne suffisent pas. De là, cette conséquence que si les biens du mari pouvaient suffire, et que la femme eût perdu par sa faute son hypothèque sur quelques-uns d'entr'eux, par exemple, en ne prenant pas inscription dans le délai de la loi sur quelques-uns de ces biens vendus, à l'égard desquels l'acquéreur aurait rempli les formalités de la purge, et en perdant tout moyen de se faire payer sur le prix, la femme ne pourrait pas se prévaloir de l'art. 952, et se verrait ainsi privée des bénéfices de son hypothèque, à l'égard de ces biens.

La femme jouit aussi d'une hypothèque subsidiaire sur les biens grevés de substitution, aux termes de l'art. 1054. Mais cette hypothèque ne peut être exercée qu'autant que le donateur ou le testateur l'a ordonné et *pour le capital des deniers dotaux*. Ces dernières expressions ont été restreintes au *capital d'une dot pécuniaire*, et l'on a reconnu qu'elles ne devaient pas s'appliquer aux deniers provenant de la vente des immeubles dotaux de la femme. Comme la loi a voulu restreindre autant que possible dans ce cas, l'hypothèque légale, dans l'intérêt des appelés, nous trouvons ses termes d'accord avec son esprit, et nous pensons que l'interprétation donnée à l'art. 1054 doit être admise sans difficulté.

Mais la femme ne peut pas exercer son hypothèque sur les immeubles appartenant à la société dont le mari est membre; elle ne pourrait donc être

préférée aux créanciers de la société qui auraient inscrit leur hypothèque même postérieurement à elle. La solution ne serait pas différente, quand même la femme prouverait que les deniers provenant de sa dot ont été versés dans la caisse sociale. — En effet, dans tous ces cas, elle n'est jamais que la créancière de son mari. Or, il est de principe que les créanciers des associés ne sont pas les créanciers de la société. Et quant aux immeubles de cette société sur lesquels le partage n'est pas encore fait, elle n'a aucun droit à exercer ; car son mari n'a pas de droits fixes sur ces immeubles. Il n'a qu'une expectative. — Lorsque cette expectative se réalisera, alors elle exercera son hypothèque, de préférence à tous créanciers.

La femme n'a pas plus de droits sur l'immeuble vendu par le mari avant le mariage et sur lequel il s'est réservé la faculté de réméré. Cet immeuble, en effet, n'appartient pas au mari, mais à l'acquéreur. L'hypothèque ne pourra donc le grever qu'après que la faculté de rachat aura été exercée. Si, par conséquent, au lieu d'exercer lui-même cette faculté, le mari la vendait à un tiers, la femme n'aurait pas de droits à faire valoir contre le tiers-acquéreur définitif. La raison en est que pour elle l'immeuble n'a jamais été dans les biens du mari.

Du reste, l'hypothèque légale ne peut être exercée que sur les biens situés en France, à moins que les traités internationaux ne consacrent l'extension de ce droit sur les biens situés en pays étranger. Le pouvoir du souverain expire à la frontière.

Mais ne peut-elle être exercée sur les biens de France que par la femme française mariée en France, ou bien peut-elle compéter à la femme française ou étrangère mariée en pays étranger ?

Nous supposons, pour résoudre la difficulté, qu'il n'existe pas de traités ou lois politiques qui modifient les principes applicables à la question.

L'art. 2128 pose en principe que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France.

De là il résulte évidemment que tout contrat constitutif d'hypothèque conventionnelle ne peut avoir aucun effet, s'il est passé en pays étranger. Mais doit-il en être de même pour les contrats de mariage ? Nous pensons que pour la solution de la difficulté qui nous occupe, la réponse à cette question n'a aucune importance ; car, selon nous, l'art. 2128 doit être complètement mis de côté, et les principes de solution doivent être cherchés ailleurs.

En effet, ce n'est pas le contrat de mariage qui crée l'hypothèque légale de la femme, c'est le mariage lui-même : cela est si vrai que l'hypothèque légale existe, quand même les époux n'auraient pas rédigé de contrat. Cela posé, il est

encore incontestable que tout mariage est valable en France, quoique célébré en pays étranger, pourvu qu'il ait été célébré dans les formes voulues par la loi de ce pays, en vertu de la maxime: *locus regit actum*. Tout mariage régulièrement célébré est donc reconnu par la loi française. De là, il résulte que tout mariage emportera hypothèque légale sur les biens de France, si l'hypothèque légale est de *statut réel*; si au contraire l'hypothèque légale est de *statut personnel*, elle ne pourra résulter que du mariage dans lequel seront intéressés des Français.

Or, pour distinguer si le statut qui régit l'hypothèque légale est *réel* ou *personnel*, il faut, à ce que nous croyons, rechercher s'il a surtout en vue la personne ou les biens. Car, pour nous, le statut peut être *réel*, quoique relatif à des qualités personnelles, s'il a en vue la conservation des biens: tel est, par exemple, le statut qui régit la capacité de disposer; de même, le statut peut être *personnel*, quoique s'adressant directement aux biens, s'il a pour objet de garantir l'action personnelle. Mais l'hypothèque légale de la femme n'est évidemment pas établie pour la conservation des biens qu'elle affecte, mais pour la garantie de l'action personnelle de la femme contre son mari. De là, il résulte que cette hypothèque, qui n'est au fond qu'un droit *réel*, par son application à la personne de la femme, devient pour ainsi dire un droit *personnel*: par conséquent, nous la considérons comme régie par un *statut personnel*. — Or, les lois de *statut personnel* ne sont applicables qu'aux Français ou à ceux qui le deviennent. C'est un principe incontestable.

De là, nous tirons les conséquences suivantes:

1° Si le mariage a été contracté en France ou à l'étranger entre des étrangers, l'hypothèque légale ne frappera pas les biens situés en France.

2° Si le mariage a été contracté en France ou à l'étranger, entre un étranger et une française, la femme devenant étrangère, ne pourra pas invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale sur les biens de France.

3° Si le mariage a été contracté en France ou à l'étranger entre un français et une étrangère, ou à l'étranger entre un français et une française, l'hypothèque légale pourra être invoquée par la première, parce qu'elle est devenue française; par la seconde, parce que la célébration du mariage en pays étranger n'a pas altéré sa qualité de française.

Mais dans ces deux derniers cas, si le mariage a été célébré en pays étranger, et que dans les trois mois après le retour sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage n'ait pas été transcrit sur le registre public des mariages du lieu du domicile du mari, ainsi que l'exige l'art. 171 du Code civil, la femme

sera-t-elle privée du bénéfice de son hypothèque et de tous les privilèges qui s'y rattachent ? Nous ne le pensons pas par trois raisons : la première, c'est que priver la femme de son hypothèque dans ce cas, ce serait lui infliger une peine que l'art. 171 est bien loin de prononcer ; la seconde, c'est que faire dépendre la validité de l'hypothèque dans ce cas, de l'accomplissement des formalités de l'art. 171, c'est la subordonner à la vigilance du mari, et remettre entre ses mains le sort des garanties que la loi veut pourtant conserver à tout prix à la femme ; la troisième, c'est que, malgré l'inexécution de l'art. 171, il est incontestable que le mariage est toujours valable ; or, l'hypothèque naissant du mariage, et celui-ci existant, il faut nécessairement que l'hypothèque existe.

SECT. IV.

A partir de quelle époque existe l'hypothèque légale ?

Dans l'ancienne jurisprudence, l'hypothèque légale remontait à une époque unique, celle du contrat de mariage, quelle que fût la créance pour laquelle elle était exercée. Or, comme la plupart des créances de la femme ne prennent existence que pendant le mariage, il en résultait que l'hypothèque qui n'est et ne doit être que la garantie de l'obligation existait avant l'obligation elle-même. De là, cet autre inconvénient que les créanciers ou acquéreurs qui avaient traité avec le mari avant l'existence de cette obligation se trouvaient pourtant primés par une hypothèque qu'ils ne pouvaient même pas prévoir. De là une source de fraudes qu'il était urgent de faire disparaître.

Le Code civil a sagement déterminé les diverses époques auxquelles, suivant la nature des créances, doit remonter l'hypothèque de la femme. Il a appliqué ce principe de toute justice que l'hypothèque n'étant que l'accessoire de l'obligation personnelle ne peut exister en un temps où l'obligation elle-même n'est pas encore conçue.

L'art. 2135 distingue chacune des créances auxquelles il attribue l'hypothèque légale, et assigne pour chacune d'elles diverses époques que nous allons successivement examiner.

« *A l'égard de la dot et des conventions matrimoniales, l'hypothèque existe à compter du jour du mariage.* » En présence d'une disposition aussi formelle, exprimée dans un article qui n'a d'autre but que de fixer l'époque à partir de laquelle l'hypothèque légale peut exister, il est difficile de comprendre qu'on ait pu soulever la question de savoir si c'était bien à partir du jour

de la célébration du mariage, ou bien à partir du *jour du contrat de mariage*, que l'hypothèque pour la dot et les conventions matrimoniales doit exister. Il est vrai que les art. 2,194 et 2,195, semblent assigner pour date à cette hypothèque le *jour du contrat de mariage* : mais il faut bien remarquer que ces articles n'ont pas pour but, comme l'art. 2,135, de fixer cette date et que ce n'est qu'en passant, pour ainsi dire, qu'ils en parlent ; de sorte qu'il est très possible d'abord que le législateur, préoccupé d'ailleurs des principes de l'ancienne jurisprudence qui assignaient pour date dans ce cas le *jour du contrat de mariage*, ait oublié que dans l'art. 2,135, il avait dérogé à cette jurisprudence. Et dans tous les cas, il semble que l'art. 2,135 étant spécial pour la matière, doit mériter la préférence sur les art. 2,194 et 2,195. Mais au surplus, quel est le principe qu'a voulu appliquer l'art. 2,135, dans la fixation des époques qu'il avait à déterminer ? Nous l'avons énoncé déjà. Nous n'avons plus qu'à faire voir qu'il a été appliqué ici. — En effet, de quel jour date pour le mari l'obligation de conserver la dot et d'observer les conventions matrimoniales ? C'est évidemment du jour du mariage, car ce n'est que le mariage qui lui donne l'administration des biens dotaux, comme ce n'est que le mariage qui donne existence réelle aux conventions. — Or faire remonter l'hypothèque au jour du contrat, n'est-ce pas faire vivre l'effet avant la cause ? N'est-ce pas violer le principe qui a guidé le législateur ? N'est-ce pas faire revivre l'inconvénient signalé dans l'ancienne jurisprudence, celui de laisser primer par l'hypothèque de la femme qu'ils ne pouvaient pas connaître, les créanciers qui auraient traité avec le mari dans l'intervalle du contrat à la célébration ? — Dira-t-on que si l'hypothèque ne date que du jour de la célébration du mariage, le mari pourra le lendemain du contrat, vendre ou hypothéquer tous ses immeubles, et priver la femme des sûretés de sa dot et de ses conventions matrimoniales ? Mais d'abord quel est le futur mari, qui, à la veille d'un mariage dont la célébration dépend très-souvent de sa conduite, fera suspecter sa position pécuniaire et ses bonnes intentions par des ventes et des hypothèques follement ou frauduleusement consenties ? Et quand cela serait, quelle faveur mérite la femme qui connaissant le danger, pouvait s'en préserver, en refusant de s'associer à celui qui lui enlevait toutes ses garanties ? Les créanciers méritent certainement plus de faveur : car eux n'ont eu aucun moyen de se prémunir contre les effets d'une hypothèque inconnue.

Donc l'hypothèque pour la dot et les conventions matrimoniales existe à partir du jour de la célébration du mariage, et cela quand même il y aurait des termes stipulés pour le paiement de la dot. Car dès ce moment, le mari en est

devenu maître. Tout ceci n'est que l'application du principe des coutumes formulé dans ces énergiques paroles : *la femme ne gagne son douaire qu'au coucher.*

« *A l'égard des sommes dotales provenant de successions échues à la femme, ou de donation à elle faites pendant le mariage, l'hypothèque date du jour de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet,* » c'est-à-dire du jour où le droit de percevoir les sommes données est ouvert en sa faveur.

Dans ces deux cas, il eût été injuste de faire remonter l'hypothèque au jour du mariage : car ce n'est que du jour de l'ouverture des successions ou de l'acceptation des donations, que le mari est devenu maître des sommes qui y étaient comprises.

Mais quelle est la date de l'hypothèque pour des sommes qui reviendraient à la femme par suite d'une action rescisoire qu'elle aurait exercée et que son mari aurait perçues, lorsque l'action existait déjà au jour du mariage ? Nous pensons qu'elle doit exister à partir du jour du mariage, par le motif que dès ce moment, le mari a été maître de cette action qui entrait dans la constitution de dot.

La même date devrait être assignée à l'hypothèque, pour le prix donné en représentation d'un immeuble constitué en dot, sur lequel un tiers a exercé l'action en réméré à laquelle il avait droit. Dans ce cas, l'hypothèque passe de l'immeuble sur le prix et doit avoir la même date. Il en serait de même pour les sommes provenant d'obligations appartenant à la femme et constituées en dot, et qui auraient été réalisées durant le mariage. Nous adopterions la même date pour l'hypothèque, en garantie des sommes provenant des remboursements de rentes opérés par des tiers. Car les obligations et les rentes faisaient partie effective de la dot.

« *A l'égard de l'indemnité des dettes contractées par la femme avec le mari, et du emploi des propres aliénés, l'hypothèque date du jour de l'obligation ou de la vente.* » Les tiers en effet, ne pouvaient pas prévoir que la femme s'obligerait avec son mari ou que le mari ne ferait pas emploi des biens propres de la femme, dont celle-ci d'ailleurs pouvait empêcher la vente. Au surplus les obligations du mari ne naissent que du jour du contrat dans lequel la femme a consenti à devenir sa caution, ou du jour de l'aliénation des propres. — D'après notre principe, l'hypothèque ne pouvait donc exister qu'à cette époque.

En ce qui concerne les *propres*, le principe ne nous paraît pas devoir être modifié, même dans le cas où la femme aurait consenti par contrat de mariage ;

à ce que le mari les vendit pour ses affaires personnelles. — Dans ce cas, en effet, l'obligation du mari, comme dans le premier, ne peut préexister à la vente qui seule peut la produire. Donc l'hypothèque elle-même ne peut exister avant la même époque.

Mais la femme pourrait-elle valablement stipuler dans son contrat de mariage, que son hypothèque pour indemnités ou pour remploi de propres remonterait au jour du mariage?

Il nous paraît difficile d'admettre l'affirmative, en présence de cette considération que l'hypothèque légale n'appartenant à la femme qu'en vertu de la loi, ne peut être étendue au-delà des limites fixées par la loi elle-même : car elle constitue un privilège, et il est de principe que les privilèges ne peuvent exister que dans les conditions et de la manière voulues par la loi qui les crée. D'ailleurs permettre une pareille stipulation, ce serait ouvrir la porte à toutes les fraudes que la loi a voulu prévenir.

La décision donnée par l'art. 2135, en ce qui concerne la date de l'hypothèque pour le remploi des propres, s'applique-t-elle à l'aliénation du fonds dotal faite par le mari? Il doit être évident que l'hypothèque existe alors du jour du mariage, car c'est de ce jour que le mari s'est obligé à ne pas aliéner. S'il aliène, il viole donc la loi du contrat. Cette loi est connue de tous. Personne n'a le droit de se plaindre, si la femme dans ce cas est préférée à tous autres créanciers.

La solution ne serait pas différente, quand même le contrat de mariage aurait donné au mari le droit de vendre. Car, dès le jour du mariage, l'hypothèque légale a existé pour la restitution de la dot, soit en nature, soit en argent.

Quant aux intérêts ou aux fruits de la dot, ils sont protégés par l'hypothèque, à compter du jour où ils ont commencé à être dûs.

A l'égard des sommes paraphernales que le mari a perçues, en vertu du consentement de la femme qui lui en a laissé l'administration, il faut décider que l'hypothèque ne peut courir que du jour de la réception. Ce n'est en effet que de ce jour que commence l'obligation du mari.

Quant à la preuve de cette réception et du jour où elle a eu lieu, la femme peut l'administrer, soit par des quittances authentiques ou privées, soit même par la preuve testimoniale, dans le cas où il lui aurait été absolument impossible d'obtenir une preuve écrite. Ce serait aux tiers à prouver la fraude ou la mauvaise foi des époux, s'ils croyaient pouvoir l'articuler.

SECT. V.

Quels sont les privilèges de l'hypothèque légale, quant à sa manifestation extérieure? — Quelle est sa durée?

Soumise à l'influence trop souvent puissante du mari, facile d'ailleurs à se laisser effrayer par ses menaces ou à se laisser séduire par ses caresses trompeuses, *maritalibus delinimentis*, suivant l'expression du président Favre, la femme était exposée à perdre tout le bénéfice de ses garanties, si leur existence avait dû dépendre de formalités particulières qu'on aurait bien su lui faire négliger. Aussi l'art. 2135 a-t-il consacré l'existence de l'hypothèque légale de la femme, indépendamment de toute inscription.

Cependant, comme il fallait, au tant que possible, concilier les intérêts des tiers avec ceux de la femme, la loi a chargé certaines personnes de requérir l'inscription. Mais il est bien certain que le défaut d'inscription ne peut jamais être opposé à la femme.

Ainsi, aux termes de l'art. 2136 : « Les maris sont tenus de rendre publiques » les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et à cet effet, de requérir, sans » aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux » appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir dans la suite. »

Mais ce n'était pas assez d'imposer ce devoir : il fallait, en cas d'inaccomplissement, prémunir les tiers, autant que possible, contre la négligence frauduleuse du mari. Aussi l'article ajoute : « Les maris qui, ayant manqué de requérir l'inscription, » auraient consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur leurs » immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à » l'hypothèque légale des femmes, seront réputés stellionataires, et, comme tels, » contraignables par corps. »

L'inscription doit donc être remplacée par la déclaration *expresse* du mari que les immeubles sont grevés de l'hypothèque légale. Cette obligation est si impérieuse que la déclaration ne pourrait être suppléée par les circonstances. La raison en est qu'elle remplace l'inscription qui elle-même ne peut être suppléée par rien, pas même par des équipollens. Cependant les peines du stellionat ne seraient pas applicables au mari qui n'aurait pas fait la déclaration, parce qu'il aurait cru de bonne foi que, par suite d'une réduction, par exemple, les immeubles qu'il affectait n'étaient pas grevés de cette hypothèque. La loi n'a voulu punir que la négligence frauduleuse, et ici il n'y en a pas, puisque le mari n'a

pas requis inscription et n'a pas fait de déclaration, parce qu'il croyait n'être pas grevé de l'hypothèque, quant aux biens qui avaient fait l'objet de la convention.

Du reste, la déclaration ne nous semble obligatoire pour le mari que dans le cas d'une hypothèque conventionnelle. Il est évident que le mari grevé d'une hypothèque légale soit en faveur de l'état, soit en faveur d'une commune, ou d'une hypothèque judiciaire en faveur d'un adversaire heureux, n'a pas de déclaration à faire; car, dans une pareille circonstance, l'hypothèque nouvelle vient le frapper, sans qu'il soit nullement intervenu d'une manière libre et active dans le fait qui la produit. Dans quel temps d'ailleurs ferait-il sa déclaration? Dans quel but? Sa qualité doit être suffisamment connue, et cela suffit.

S'il s'agit d'un *privilege*, la déclaration n'est pas plus obligatoire, car ce n'est pas le mari qui le concède, c'est la loi; observation qui fait ressortir, disons-le en passant, l'erreur de rédaction dans laquelle le législateur est tombé dans l'article 2136, en parlant d'une *concession de privilege* faite par le mari.

Du reste, si le mari ne fait pas inscrire l'hypothèque, la loi appelle la sollicitude de plusieurs autres personnes pour protéger l'intérêt des tiers. Dans ce cas, le procureur du roi est tenu de requérir l'inscription: elle peut même être requise par les parens, soit du mari, soit de la femme, soit par la femme elle-même. Ce sont les dispositions formelles des art. 2138 et 2139.

Mais l'inscription, lorsqu'elle est requise, n'est pas soumise à toutes les formalités exigées par l'art. 2148 pour les hypothèques ordinaires. L'art. 2153 exige seulement « la représentation de deux bordereaux, contenant: 1° les noms, » prénoms, profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par » lui ou pour lui élu dans l'arrondissement; 2° les noms, prénoms, profession, » domicile ou désignation précise du débiteur; 3° la nature des droits à conserver » et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de » le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. »

Cet article n'exige pas la représentation du titre constitutif de l'hypothèque, ni la mention de la date et de la nature de ce titre. Quant à la nature du titre, sa mention résulte suffisamment de la qualification des parties, et du mode même de l'inscription. Mais la représentation de l'acte de mariage nous paraît utile pour justifier de la vérité des droits à conserver; et la mention de la date de cet acte peut être nécessaire pour que les tiers sachent de quel jour date l'hypothèque, dans le cas où ils ne sauraient pas ou ne pourraient pas savoir d'ailleurs, à quelle époque remonte le mariage. Quant à l'évaluation des créances indéterminées, à la mention de l'exigibilité, de la situation des biens,

tout cela est ou inutile ou impossible. La loi a donc bien fait de ne pas l'exiger. Du reste, ces formalités simples n'ont été introduites qu'en faveur des hypothèques *purement légales*, c'est-à-dire de celles qui n'ont pas été restreintes par des conventions expresses. Si donc, comme nous le verrons plus tard, l'hypothèque légale a été restreinte, elle devient *spéciale*, et par suite elle ne peut plus jouir de la faveur attribuée par l'art. 2153 aux inscriptions des hypothèques générales; aussi dans ce cas, toutes les formalités exigées par l'art. 2148 devront être accomplies.

Puisque l'hypothèque légale de la femme est dispensée de l'inscription, elle est par conséquent dispensée du renouvellement. L'art. 2154 n'est donc pas applicable à cette hypothèque légale. Si donc l'inscription a été faite à la réquisition du mari ou de toute autre partie intéressée, et qu'elle n'ait pas été renouvelée après dix ans de date, le défaut de renouvellement ne pourra être opposé à la femme. Mais le mari sera passible des peines de l'art. 2136, s'il hypothèque les biens, sans faire la déclaration expresse exigée par cet article.

Au surplus, quand l'inscription est requise pour la première fois ou renouvelée, d'après l'art. 2155 si ce n'est pas le mari qui fait inscrire, le conservateur est obligé de déférer à la demande de l'inscrivant, sans l'obliger à faire l'avance des frais, sauf son recours contre le débiteur. La raison de cette exception au principe posé par ce même article, *que l'avance des frais est faite par l'inscrivant*, c'est que l'inscrivant est alors partie désintéressée, qu'il n'agit que pour opérer la publicité dans l'intérêt des tiers, et que par conséquent il eût été injuste de lui faire supporter les avances des frais occasionnés par une inscription qui ne doit nullement lui profiter.

On a contesté l'application du principe de la dispense d'inscription aux créances paraphernales, et la difficulté a été soulevée par ceux-là pourtant qui ne font pas de doute que l'hypothèque légale ne protège ces créances. Or, nous le demandons, ce point une fois admis, où est dans la loi la disposition en vertu de laquelle il sera permis de reconnaître qu'il existe deux espèces d'hypothèques légales en faveur de la femme, l'une affranchie d'inscription, l'autre soumise à cette formalité. Quant à nous, nous ne savons la trouver nulle part.

L'hypothèque légale de la femme est indéfiniment affranchie de l'inscription. Elle subsiste même après la dissolution du mariage, jusqu'à l'entier paiement des droits de la femme, à moins que la prescription ne soit venue en affranchir les immeubles entre les mains des détenteurs, ou que ceux-ci ne l'aient purgée définitivement. Mais jusque-là l'hypothèque existe avec tous ses

privilèges, par conséquent avec la dispense d'inscription. La raison en est que la loi ne fixe aucun délai, à partir de la dissolution du mariage, pendant lequel la femme ou ses héritiers soient obligés de prendre inscription, à peine de perdre leur rang. Et un avis du conseil d'état du 8 mai 1812 a formellement consacré cette doctrine.

Il faut reconnaître pourtant qu'il serait fort avantageux pour les tiers, que cette inscription dût nécessairement être prise dans un certain délai après la dissolution du mariage : cette formalité les mettrait à l'abri de bien des mécomptes. Le Code Napolitain a perfectionné sur ce point le système de la loi française à l'égard de l'hypothèque de la femme. Celle-ci ou ses héritiers sont obligés de requérir inscription dans le délai d'un an à partir de la dissolution du mariage. Le législateur français devrait profiter de cette amélioration. C'est un vœu qu'on peut lui adresser. Mais il est certain que la loi actuelle n'autorise pas les tiers à se prévaloir du défaut d'inscription, après la dissolution du mariage, pas plus qu'auparavant.

SECT. VI.

De la renonciation, de la radiation et de la réduction en faveur du mari.

C'est pour protéger la femme contre les dilapidations ou la mauvaise administration du mari que la loi a établi en sa faveur une hypothèque générale. C'est en considération de la position dépendante et de la faveur des droits de la femme que la loi a fait exception au grand principe de la publicité et de la spécialité. Mais il est dans l'intention du législateur de ramener l'hypothèque générale à la spécialité, toutes les fois que les intérêts qu'il a voulu protéger n'y seront pas opposés. C'est pourquoi dans certaines circonstances, il est permis à la femme de renoncer par contrat de mariage, en faveur de son mari, à une partie de ses droits d'hypothèque; et dans le cas où cette renonciation n'a pas eu lieu, elle peut consentir pendant le mariage, à la réduction de ces mêmes droits. Nous allons examiner les règles qui régissent ces deux positions.

Et d'abord parlons de la renonciation par contrat de mariage.

Il est de principe que la femme ne peut pas, même par sa propre volonté, perdre définitivement et absolument sa dot. Aussi il est évident *a priori* qu'une femme ne peut pas, par contrat de mariage, renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale sur les biens de son mari. Mais si son mari est riche, si ses biens sont plus que suffisans pour répondre des droits de la

femme, l'intérêt du mari exige que la femme puisse restreindre son hypothèque aux biens suffisants pour la garantir. L'art. 2140 n'a fait qu'appliquer ces principes. « Lorsque dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme, et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription. »

Mais pour que cette renonciation soit possible, il faut que la femme soit majeure. L'art. 2140 est trop formel pour ne pas le considérer comme une exception aux art. 1039 et 1398 du Code civil, qui permettent aux mineurs, assistés de leurs protecteurs légaux, de consentir par contrat de mariage toute espèce de conventions. Il paraît que le législateur a voulu que la femme pût être le seul juge de l'opportunité de la renonciation, et pour cela il a voulu qu'elle eût la capacité absolue de contracter. Il ne faut donc pas appliquer ici la maxime : *Habilis ad nuptias, habilis est ad pacta nuptiarum*, ce qui est pourtant fort rigoureux.

Lorsque cette renonciation partielle a eu lieu, aux termes de l'art. 2142, « le mari n'est tenu de requérir inscription que sur les immeubles indiqués. » Mais, comme nous l'avons déjà dit, dans ce cas, l'inscription doit être revêtue de toutes les formalités exigées par l'art. 2148.

Venons-en au cas de radiation ou de réduction pendant le mariage. Remarquons tout d'abord que les principes que nous allons exposer ne sont applicables que dans le cas où la réduction a lieu principalement dans l'intérêt du mari; et toutes les fois qu'il en sera ainsi, la réduction aboutira toujours à une radiation, jamais à une translation de droits à un tiers.

Cela posé, arrivons aux textes de la loi.

Lorsque la restriction de l'hypothèque légale n'a pas eu lieu par contrat de mariage, aux termes de l'art. 2144 : « Pourra le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation des droits de la femme. » — « Le jugement, aux termes de l'art. 2145, ne sera rendu qu'après avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui. Si le tribunal prononce la réduction sur certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées. »

D'un autre côté, l'art. 2157 porte que « les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. — La radiation a lieu sur l'exhibition de l'expédition de l'acte authentique portant consentement ou de celle du jugement (2158). » Enfin, aux termes des art. 2161 et 2162, « lorsque les inscriptions d'hypothèque légale frappent sur plusieurs domaines, dont un ou quelques-uns excèdent de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances, elles peuvent être réduites. »

De la combinaison de tous ces articles résultent les principes suivans :

1° L'action en réduction ne peut être exercée par le mari, qu'avec le consentement de sa femme ;

2° L'avis du conseil de famille est indispensable ; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit favorable à la demande, pour qu'elle puisse être intentée et accueillie ;

3° Le tribunal peut, à son gré, accorder ou refuser la réduction à laquelle la femme a consenti ; mais il ne peut forcer la femme à donner son consentement ;

4° Le procureur du roi étant partie principale, a le droit d'interjeter appel du jugement qui blesse les intérêts de la femme ;

5° La femme qui n'a pas donné son consentement peut attaquer le jugement qui autorise la réduction par la voie de la tierce-opposition ;

6° La réduction ne peut être accordée que lorsque le mari possède plusieurs immeubles ;

7° Elle ne doit être accordée que lorsque les biens du mari excèdent notoirement la quotité des créances de la femme ;

8° La radiation des inscriptions ne peut avoir lieu qu'autant qu'on présente au conservateur un jugement rendu dans les formes requises, jamais sur l'exhibition du simple consentement de la femme. — Du reste, le tribunal compétent pour connaître de l'action en réduction est régulièrement le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. L'art. 2159 est en tous points applicable.

Mais qu'arrivera-t-il si, postérieurement au contrat de mariage, dans lequel la femme a renoncé à une partie de son hypothèque ou après le jugement de réduction, plusieurs des immeubles, sur lesquels frappe encore son hypothèque, viennent à périr, ou si la quotité de ses créances augmentant, les biens affectés sont insuffisans pour la garantie ? Dans ce cas, sera-t-elle admise à intenter contre son mari une action en supplément d'hypothèque ?

L'affirmative nous semble certaine par deux raisons :

La première, c'est que l'art. 2131 accorde formellement ce droit aux créanciers hypothécaires ordinaires, et qu'il paraît difficile de ne pas appliquer à la femme

qui est toujours plus favorisée que ces créanciers, une faveur accordée à ceux-ci ; la seconde, c'est que l'art. 2164, dans le cas de réduction, dit formellement que lorsque les créances indéterminées sont devenues supérieures à la valeur des biens affectés, le créancier peut prendre de nouvelles inscriptions.

Mais, dans ce cas, nous pensons que la femme devra prendre inscription, parce qu'autrement les tiers comptant sur la spécialité des immeubles affectés, en vertu du jugement de réduction, seraient trompés dans leurs espérances par l'exercice d'une hypothèque à laquelle ils ne pouvaient pas s'attendre ; et cette hypothèque ne prendra rang que du jour où elle sera inscrite. De plus, étant spéciale, l'inscription devra être revêtue de toutes les formalités de l'art. 2148.

Si, avant le jugement de réduction, la femme a consenti une renonciation au profit d'un tiers sur un immeuble compris dans ceux sur lesquels doit porter la réduction, et que, postérieurement au jugement, un autre tiers en devienne acquéreur, le cessionnaire de la femme, créancier du mari, pourra-t-il exercer ses droits sur cet immeuble ? L'affirmative nous paraît souverainement injuste. Le tiers-acquéreur n'a acheté cet immeuble que parce qu'il le savait libre ou qu'il avait juste sujet de le croire tel. Il a peut-être payé son prix entre les mains du mari, parce que rien ne l'avertissait qu'il dût remplir les formalités de la purge. Dans tous les cas, sa position est préférable à celle du cessionnaire ; celui-ci, surtout après le jugement de réduction, aurait dû s'inscrire pour faire connaître son droit à tous intéressés : en ne le faisant pas, il a, pour ainsi dire, favorisé la fraude de la femme. Il doit supporter les conséquences de sa négligence, plutôt que le tiers-acquéreur qui n'a eu aucun moyen de soupçonner même l'existence de cette cession hypothécaire.

SECT. VII.

De la Renonciation et de la Subrogation en faveur des tiers.

Nous venons de voir dans quels cas et suivant quelles conditions l'hypothèque légale de la femme pouvait être restreinte ou réduite en faveur du mari. Dans tous ces cas, la renonciation de la femme aboutit toujours à une radiation de l'inscription, si elle a été déjà prise. Mais si au lieu de renoncer en faveur de son mari seulement, la femme renonce surtout en faveur d'un tiers, ou si elle subroge ce tiers à ses droits, dans tous ces cas, l'inscription reste, l'hypothèque demeure entière vis-à-vis du mari ; seulement c'est le tiers qui l'exerce à la place de la femme : la distinction entre ces deux positions est très importante, par la raison

que la renonciation en faveur des tiers est affranchie de toutes les entraves apportées à la renonciation en faveur du mari.

La femme peut renoncer à son hypothèque légale en faveur des tiers, pour les déterminer à traiter avec le mari. Le mari profitera, sans doute, dans ce cas de la renonciation de la femme, puisque, sans cette renonciation, le tiers ne traiterait pas et ne lui procurerait peut-être pas ainsi l'occasion d'une opération avantageuse. Mais ce n'est pas une raison pour confondre ce cas avec le premier; car le mari reste toujours soumis à l'hypothèque entière, tandis que dans le premier cas il était affranchi d'une partie de cette hypothèque. Du reste, toutes les fois que la femme agira dans l'intérêt d'un tiers elle traitera directement avec lui en intervenant dans l'acte, et ce sera là un moyen de reconnaître le caractère de la renonciation.

La renonciation en faveur d'un tiers peut être faite par la femme mariée sous le régime de la communauté, comme par la femme mariée sous le régime dotal, pourvu que dans ce dernier cas la renonciation ne puisse préjudicier à la dot; car si par l'événement, et à cause de sa renonciation, la femme ne trouvait plus de garanties suffisantes sur les biens encore grevés, sa renonciation serait incontestablement nulle.

La femme peut renoncer expressément ou tacitement.

La renonciation est *expresse*, lorsque la femme déclare *qu'elle cède et transporte tous ses droits d'hypothèques*, ou *qu'elle renonce en faveur du tiers à la priorité de son hypothèque légale*.

Elle est *tacite*, lorsqu'il résulte de sa présence dans l'acte qu'elle a voulu renoncer; par exemple, lorsqu'elle consent à la vente de l'objet sur lequel pèse son hypothèque, ou bien lorsqu'elle consent à une hypothèque sur le fonds qui lui est hypothéqué.

La renonciation expresse ou tacite produit les effets d'une véritable cession ou subrogation. Le tiers en faveur duquel elle s'opère succède aux lieu et place de la femme et jouit des mêmes privilèges, à tel point qu'il n'a même pas besoin de faire inscrire son hypothèque. Mais cette inscription peut quelquefois lui être utile, comme nous l'avons vu précédemment.

La renonciation expresse se produit d'elle-même. Elle est toujours facile à saisir. Il n'en est pas toujours de même de la renonciation tacite. Le principe à suivre, alors, pour en rechercher l'existence, c'est de rechercher surtout l'intention des parties.

Ainsi, si la femme s'oblige solidairement en faveur d'un créancier à qui elle hypothèque les biens de son mari, conjointement avec celui-ci, il est incontestable

que la femme aura renoncé à son hypothèque sur ces biens. Il en serait de même si la femme concourait à la vente d'un immeuble du mari.

Mais si le mari s'est obligé avec hypothèque sur ses biens au paiement d'une somme, et que la femme se soit obligée solidairement avec lui sans parler de l'hypothèque, que faudra-t-il décider? Il est certain que, par l'effet de son obligation, la femme ne pourra jamais venir sur les biens de son mari, par préférence à celui envers qui elle s'est engagée. Au moment du contrat, le créancier a donc compté avoir un droit préférable à celui de la femme. L'adhésion de la femme à l'obligation du mari a donc dû être considérée par lui comme une véritable renonciation à ses droits d'hypothèque légale. Il semble que l'intention de toutes les parties a dû être relative à une véritable renonciation. Dans ce cas donc, nous pensons que la renonciation produirait son effet.

Il en serait autrement si la femme avait formellement déclaré qu'elle entendait ne s'obliger que personnellement. Il en serait encore autrement si elle ne s'était obligé que par un acte subséquent, sans parler de l'hypothèque. Enfin, il n'y aurait pas renonciation si le mari et la femme s'étaient obligés solidairement, mais sans aucune affectation hypothécaire. Dans tous ces cas, le créancier n'aurait que la ressource du sous-ordre. (778, C. proc.)

Quels sont les effets de la subrogation vis-à-vis de la femme? A cet égard point de difficulté: le créancier subrogé se présente à la place de la femme pour recueillir ses droits.

Quant aux effets de la subrogation vis-à-vis des créanciers, il faut distinguer. Lorsque la femme a consenti une subrogation à un créancier, elle ne peut en consentir postérieurement une autre au préjudice de ce créancier. Si donc la femme subroge postérieurement un autre créancier à ses droits, celui-ci ne pourra pas opposer sa subrogation à la première, et sera primé par le premier créancier subrogé.

Mais si la femme a des créanciers antérieurs à la subrogation, quel sera, par rapport à eux, l'effet de cette subrogation?

Si ce sont des créanciers cédulaires du mari et de la femme, ils n'auront pas à se plaindre. La femme avait le droit de consentir la subrogation d'une manière absolue. Ces créanciers n'ont qu'un droit personnel sur les biens du mari. Ils seront donc primés par le droit réel qui les affecte en faveur du créancier subrogé.

Si ce sont des créanciers ayant pour débiteurs solidaires le mari et la femme, et pour débiteur hypothécaire le mari seulement, le créancier subrogé par la femme primera ces créanciers. La raison en est que la femme reste seule débitrice

de l'obligation personnelle, tandis que le créancier subrogé a un droit réel absolu pour lequel la femme qui l'a cédé ne s'était pas interdit la liberté de disposition.

Si les créanciers antérieurs ont déjà reçu une subrogation tacite ou expresse de la femme, les subrogations ultérieures ne peuvent leur nuire. — Si la femme consent la subrogation au profit d'un acquéreur, celui-ci pourra repousser les demandes de tous ceux des créanciers auxquels il pourra être préféré d'après les principes que nous venons d'exposer, jusqu'à concurrence de la valeur des droits auxquels il a été subrogé.

Les créanciers subrogés peuvent au surplus exercer l'hypothèque légale de la femme, soit avant, soit après la séparation de biens, soit lorsque le mari est en faillite, soit lorsque n'étant pas en faillite, ses biens sont pourtant soumis à la procédure d'ordre.

Il résulte de tout cela que les subrogations auront leur effet suivant leur ordre de dates, et que, quoique représentants de la femme, tous les créanciers subrogés ne seront pas réduits à une simple distribution par contribution qui ferait aboutir les effets de la subrogation à un sous-ordre, et qui par conséquent en détruirait tous les avantages.

Du reste, comme nous l'avons déjà dit, les créanciers subrogés n'ont pas besoin, pour exercer leurs droits, de faire inscrire leur subrogation. De là, cet inconvénient immense que les créanciers postérieurs sont exposés à être primés par des subrogations antérieures qu'ils n'ont pas pu connaître. Cet inconvénient disparaîtrait si chaque créancier était obligé à peine de perdre son droit de préférence, de faire inscrire la cession qui lui aurait été consentie. Mais ce n'est encore qu'un vœu que l'on peut adresser au législateur. Le Code Bavarois s'est montré plus soigneux que le nôtre des intérêts des créanciers subrogés. Il exige l'inscription des subrogations.

SECT. VIII.

Quels sont les effets de l'hypothèque légale vis-à-vis des créanciers et des tiers-détenteurs ?

L'hypothèque légale de la femme est en soi un droit réel de même nature que toutes les autres hypothèques. Elle doit donc produire tous les effets qui résultent des autres hypothèques, tout en conservant ses privilèges particuliers. Elle doit

donc produire le droit de suite contre les tiers-détenteurs et le droit de préférence vis-à-vis des créanciers.

A l'égard du droit de suite, l'on s'est demandé s'il s'attachait aux immeubles indépendamment de toute inscription, ou bien si la femme le perdait lorsqu'elle n'avait pas fait inscrire son hypothèque, comme tout autre créancier, au plus tard dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation, aux termes de l'art. 834 du Code de procédure.

Indépendamment de toute raison de texte, il nous semble que les motifs qui ont fait admettre l'hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, trouvent surtout ici leur place. Tant que les immeubles restent entre les mains du mari, le droit légal d'hypothèque est utile pour la femme, pour lui assurer la préférence contre tous créanciers du mari. Mais c'est surtout lorsque les immeubles passent des mains du mari entre celles d'un acquéreur, que le secours de la loi est nécessaire à la femme. Ne voit-on pas qu'obliger alors la femme à prendre inscription dans un bref délai, c'est faire revivre tous les dangers que la loi a voulu lui éviter? Ne voit-on pas que c'est alors surtout que le mari trouvera ou les paroles les plus séduisantes ou les menaces les plus terribles, pour empêcher sa femme de pourvoir à ses sûretés? Ne voit-on pas que c'est alors que le mari est le plus intéressé à faire taire les alarmes de la femme pour obtenir de l'acquéreur un prix qu'il convoite sans doute et dont tout seul il fera son profit? Ne voit-on pas enfin que la protection de la loi serait dérisoire, si dans cette circonstance surtout elle ne venait au secours de la femme? Voilà pour les considérations.

Quant aux textes, ils nous paraissent formels dans notre sens.

L'art. 2166 du Code civil qui donne aux créanciers *inscrits* le droit de suite, avait appliqué le principe que l'aliénation purgeait toutes les hypothèques inscrites. Cet article a été modifié par l'art. 834 du Code de procédure qui donne aux créanciers hypothécaires quinzaine, à partir de la transcription, pour faire inscrire leurs hypothèques. Or, l'art. 834 du Code de procédure ne s'applique qu'aux créanciers ayant hypothèque conventionnelle ou judiciaire. Donc, l'article 2166 ne s'appliquait qu'à ces créanciers, et n'a jamais pu être appliqué à l'hypothèque légale de la femme. — Ce qui le prouve surabondamment, c'est que, tandis que l'art. 2167, soumis par *l'effet seul des inscriptions*, l'acquéreur qui n'a pas purgé, au paiement de toutes les dettes hypothécaires, l'art. 2193 déclare expressément que l'acquéreur reçoit les immeubles avec la charge des hypothèques légales *non inscrites*, à tel point qu'il est obligé de les purger s'il veut s'en affranchir. De là, cette conséquence que l'art. 2167 ne s'applique pas à

l'hypothèque légale de la femme. Or, l'art. 2167 est le corollaire de l'art. 2166. Donc, ce dernier article ne s'applique pas non plus à cette hypothèque. Donc l'art. 2193 est seul applicable. Donc l'hypothèque légale de la femme jouit du droit de suite sans inscription.

L'acquéreur sera donc obligé de purger cette hypothèque, s'il veut s'en débarrasser. Mais s'il ne purge pas, et que la femme ayant le droit de poursuivre le paiement de ses droits, veuille profiter des effets du droit de suite, et l'actionner en délaissement, sera-t-elle obligée de prendre inscription? Nous ne le pensons pas.

D'abord, aucun article de loi ne lui impose cette obligation et l'art. 2135 dit au contraire de la manière la plus générale que l'hypothèque légale de la femme *existe sans inscription*. Qu'est ce à dire sinon que la femme pourra profiter de *tous les effets* de son hypothèque, sans inscription, tandis que le créancier ordinaire ne peut en profiter qu'après avoir requis inscription? En second lieu, l'acquéreur n'a qu'un moyen de se mettre à l'abri des poursuites de la femme, lorsque celle-ci n'a pas fait inscrire son hypothèque: la loi ne lui donne que la faculté de purger. S'il ne le fait pas, il n'ignore pas l'étendue de ses obligations. Il sait que son immeuble est grevé d'une hypothèque légale. Il doit donc tous les jours s'attendre à l'exercice du droit qui en résulte. En vertu de l'art. 2193, jusqu'à ce qu'il ait payé, il est soumis au droit de suite. Or, l'action en délaissement n'est que l'exercice du droit de suite. De là, cette conséquence que la femme ayant celui-ci sans inscription ne peut pas être obligée d'inscrire pour le mettre en action. D'ailleurs, l'inscription nous semble complètement inutile. Car elle ne pourrait apprendre au tiers-détenteur que ce qu'il ne peut pas ignorer. La femme en lui faisant sommation de payer ou de délaisser, lui fera connaître suffisamment la quotité de ses créances. C'est ce qu'il lui importe de savoir. La sommation faite, il paiera, ou délaissera s'il veut éviter d'autres poursuites. Nous ne voyons rien ni dans les principes, ni dans la position du tiers-détenteur, qui l'autorise à exiger l'inscription de la part de la femme, à peine de fin de non-recevoir. Quant à la procédure de purgement autorisée par les art. 2181, ^{et suiv.} nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de l'appliquer ici. Elle ne trouve sa place que lorsqu'il s'agit de créanciers ordinaires, ou que la femme a spontanément inscrit son hypothèque avant l'aliénation.

Concluons donc que la femme jouit, sans inscription, de son droit de suite et de l'action en délaissement qui n'en est que l'exercice.

Passons au droit de préférence, vis-à-vis des créanciers.

Il résulte de la combinaison des art. 2134 et 2135 que la femme jouit sa-

inscription du droit de préférence, vis-à-vis de tous les créanciers du mari postérieurs au mariage. Le principe est incontestable en soi, mais il a souffert quelques difficultés dans l'application.

Ainsi lorsqu'un acquéreur du mari procède au purgement de l'hypothèque légale, et qu'un ordre vient à s'ouvrir sur le prix des immeubles vendus, la femme peut-elle se faire colloquer à son rang hypothécaire, ou bien ne faut-il pas la repousser sous ce prétexte que le privilège du mari étant de jouir de la dot durant le mariage, il n'appartient pas à la femme d'exercer encore la répétition de ses droits? Il est évident qu'il appartient à tout créancier éventuel d'exercer les actes conservatoires de son droit. L'art. 1180 est assez général pour qu'il soit permis de l'appliquer à tous les cas. Et au surplus, l'art. 2195 répond à la question, puisqu'il défend à l'acquéreur de faire aucun paiement au préjudice des inscriptions de la femme venant en rang utile. La femme peut donc, même pendant le mariage, même avant toute séparation de biens, se faire colloquer à son rang, à la charge par elle de faire emploi ou de prendre telles mesures qu'il conviendra pour que le montant de sa collocation ne puisse jamais être inutilement dissipé. Les droits du mari restent entiers d'ailleurs, car il profitera des intérêts du prix. Les droits des créanciers n'ont pas à souffrir, car ils ne peuvent jamais être exercés avant ceux de la femme.

Mais si la femme est mariée sous le régime dotal, et que son mari aliène la dot immobilière, peut-elle, *constante matrimonio*, soit avant, soit après la séparation de biens, laisser dormir l'action révocatoire de la vente, et se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari vendus à la requête de ses créanciers, jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens dotaux aliénés?

La difficulté vient, dans ce cas, de ce que la femme peut toujours à la dissolution du mariage, ou même après la séparation de biens, faire annuler la vente des biens dotaux, tandis que les créanciers du mari n'ont d'autre espoir d'être payés que celui que leur offre le prix des biens expropriés, de telle sorte que si la femme exerce ses droits sur ce prix, elle peut leur enlever toute collocation utile.

La question n'a été si vivement débattue à notre avis, que parce que l'on ne s'est pas toujours bien entendu sur le sens dans lequel il fallait la prendre. Ainsi, tandis que les uns soutenaient que la femme ne pourrait pas pendant le mariage, choisir entre l'action révocatoire et la collocation définitive, les autres croyaient leur répondre et les réfuter en prouvant que la femme pouvait opter entre l'action révocatoire et la collocation provisoire. Dans notre pensée, les partisans de ces deux opinions nous semblent parfaitement d'accord : car

de cela seul que ceux-ci défendaient le système de l'option, parce qu'ils ne voyaient qu'une sauvegarde accordée à la femme dans une collocation provisoire, qui ne préjudiciait nullement à l'action révocatoire qu'elle pouvait intenter à la dissolution du mariage, il s'ensuit qu'ils pensaient comme ceux-là que l'option ne serait pas possible, s'il s'agissait pour la femme de demander une collocation définitive qui lui enlèverait le droit d'exercer l'action en révocation. Cette opinion du reste nous semble tout-à-fait conforme à la loi.

Il est certain tout d'abord qu'à la dissolution du mariage, la femme peut choisir définitivement entre l'action révocatoire et la dissolution. Mais pendant le mariage, elle nous paraît devoir être admise à une collocation provisoire.

1° Parce qu'il est incontestable qu'elle a une hypothèque légale pour le prix de ses biens dotaux aliénés, qu'aux termes de l'art. 2195 elle a le droit de prendre inscription pendant le mariage, et que d'après ce même article, il est défendu à l'acquéreur de rien payer au préjudice de cette inscription, ce qui prouve que la femme a pendant le mariage des droits de collocation.

2° Parce que l'action révocatoire n'est qu'une faculté à laquelle la femme peut provisoirement renoncer, si elle est ouverte pendant le mariage, et que l'existence de cette faculté ne peut pas préjudicier à ses droits d'hypothèque.

3° Parce que restreindre la femme à l'action révocatoire, ce serait quelquefois lui faire perdre une partie de sa dot, si par exemple l'acquéreur avait dégradé les immeubles et se trouvait dans l'impossibilité de payer les dépréciations; ou bien transformer la dot immobilière en dot mobilière, par exemple dans le cas où l'acquéreur aurait fait des améliorations que la femme ne pourrait rembourser et qui l'obligeraient à accepter la valeur en argent de son immeuble, ce qui produirait une aliénation indirecte de la dot pendant le mariage, en supposant que la révocation pût alors être exercée, par suite de la séparation de biens.

4° Parce que les créanciers n'ont pas à se plaindre de l'exercice d'un droit de collocation provisoire, auquel ils ont toujours dû s'attendre, et qui, s'il n'eût été exercé qu'après le mariage, les aurait définitivement exclus, tandis qu'ils peuvent espérer encore recouvrer les sommes attribuées provisoirement à la femme, si celle-ci, à la dissolution du mariage, exerce l'action révocatoire.

5° Parce qu'il est dans l'esprit de la loi de favoriser, autant que possible, les droits de la femme, et dans tous les cas, d'empêcher qu'ils ne souffrent la moindre atteinte.

Concluons donc que la femme peut, pendant le mariage, exercer l'action en collocation provisoire, sauf à exercer plus tard l'action révocatoire, si elle, le juge convenable.

Mais remarquons bien que la femme ne peut exercer de droits sur les biens de son mari, durant le mariage, qu'autant que ces biens sont soumis à un ordre, par un fait étranger à la femme. Celle-ci n'a pas le droit d'intenter de son chef des poursuites en expropriation.

SECT. IX.

De la purge de l'hypothèque légale.

La loi a voulu que tout acquéreur d'immeubles grevés d'hypothèques pût se mettre à l'abri des poursuites qui sont la conséquence de ces droits réels. A cet effet, elle a organisé la procédure de *purgement*. L'hypothèque légale de la femme peut être purgée comme toutes les autres. Mais la procédure sera différente, suivant que l'inscription aura été prise au moment de l'aliénation, ou dans la quinzaine de la transcription, ou qu'elle n'aura pas été prise du tout.

Si la femme a inscrit son hypothèque avant l'aliénation, dans ce cas, l'acquéreur doit purger d'après les règles applicables aux hypothèques ordinaires. Il devra donc faire les notifications et déclarations prescrites par les art. 2183 et 2184, Code civ., dans les formes prescrites par l'art. 832 du Code de proc., et la femme devra à son tour, si elle le juge convenable, faire les réquisitions dont il est parlé dans l'art. 2185, dans les formes prescrites par l'art. 833, Code proc. En un mot, la procédure ordinaire suivra son cours.

Si la femme n'a inscrit son hypothèque que dans la quinzaine de la transcription, l'acquéreur, aux termes de l'art. 835 du Code de proc., n'est plus obligé de lui faire les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184; mais la femme est obligée de requérir la surenchère dans les délais et les formes exigées par les art. 2185, Code civ. et 832 du Code de proc. La femme est encore complètement assimilée à un créancier ordinaire.

Mais si la femme n'a pas inscrit son hypothèque, soit au moment de l'aliénation, soit dans la quinzaine de la transcription, alors une procédure particulière est organisée par la loi pour arriver à la purge de l'hypothèque légale, et c'est de ce cas seulement que nous devons nous occuper d'une manière spéciale.

Lorsqu'il n'existe pas d'inscription du chef de la femme, l'acquéreur doit : 1^o déposer copie dûment collationnée du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens; 2^o certifier par acte signifié,

tant à la femme qu'au procureur du roi, le dépôt qu'il aura fait ; 3° faire afficher l'extrait de ce contrat, contenant la date, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractans, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente. Cet extrait doit rester affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal, pendant lequel temps les inscriptions peuvent être requises, du chef de la femme, par toutes les personnes appelées à veiller sur ses droits, et par elle-même. Ces inscriptions ont le même effet que si elles avaient été prises le jour du mariage (2194).

Il est bon que la signification soit faite à la femme en personne. Cependant, si elle était faite, *parlant à son mari*, en cas d'absence de la femme, à cause de l'art. 68 du Code de proc., il serait difficile d'annuler une pareille signification, si le mari habitait la même maison que la femme.

Si les femmes du chef desquelles pourraient exister des hypothèques légales n'étaient pas connues de l'acquéreur, il doit, aux termes de l'avis du Conseil-d'Etat du 1^{er} juin 1807, déclarer dans la signification qu'il fera au procureur du roi, que les femmes du chef desquelles pourraient exister ces hypothèques ne lui étant pas connues, il fera publier la signification dans les formes prescrites par le Code de procédure civile, c'est-à-dire, dans un journal de l'arrondissement ou du département. Mais s'il n'en existait pas, il devrait se faire délivrer un certificat constatant ce fait.

Dans ces deux cas, le délai de deux mois donné pour prendre inscription ne court que du jour de la publication faite dans le journal ou du jour de la délivrance du certificat constatant qu'il n'en existe pas.

Mais il faut, pour que ces formalités soient suffisantes et efficaces, qu'il soit bien constant que l'acquéreur ne connaissait pas les femmes du chef desquelles des hypothèques pouvaient exister. — Les mêmes formalités sont exigées après la dissolution du mariage, vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers. C'est la disposition formelle de l'avis du Conseil-d'Etat du 8 mai 1812.

L'inscription doit avoir lieu dans les deux mois. C'est dans ce même délai que la femme, si elle le juge convenable, devra surenchérir. L'art. 775 du Code de proc. civ., le prouve évidemment, puisqu'il veut que l'ordre soit provoqué après les trente jours qui suivent l'expiration des délais prescrits par les art. 2185 et 2194. Or, c'est l'art. 2185 qui fixe les délais de la surenchère dans les cas ordinaires. Donc, aux yeux de la loi, l'art. 2194 contient à la fois et les délais de l'inscription et ceux de la surenchère. De là cette conséquence que l'acquéreur n'est pas obligé de faire les notifications prescrites par l'art. 2183. Ces formalités feraient double emploi avec celles de l'art. 2194.

Si dans le cours des deux mois, aucune inscription n'est prise, les immeubles vendus passent à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des droits de la femme, sauf le recours de celle-ci, *s'il y a lieu*, contre son mari (2195). Dans ce cas, l'acquéreur est donc affranchi de toute action hypothécaire du chef de la femme.

Si l'inscription a été prise, il peut arriver de deux choses l'une : ou bien la femme est primée par des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en totalité ou en partie, et alors les inscriptions de la femme sont rayées ou en totalité ou jusqu'à due concurrence. Ou bien la femme prime tous créanciers, et alors l'acquéreur ne peut faire aucun paiement à son préjudice. Dans ce cas, l'acquéreur ne peut pas payer les créanciers postérieurs ; il ne doit pas non plus payer entre les mains du mari, car ce paiement ferait disparaître toute garantie pour la femme. Il ne peut pas payer entre les mains de la femme, si celle-ci n'est pas séparée de biens. Alors il peut garder le prix entre ses mains, en payant les intérêts, ou bien se faire autoriser à consigner ou à verser les fonds entre les mains des créanciers postérieurs, à la charge par eux de fournir caution de restituer les deniers, le cas échéant.

Dans le cas où la femme prime les autres créanciers, l'art. 2195 dit que les inscriptions de ces créanciers ne venant pas en ordre utile doivent être rayées. Il ne faudrait pourtant pas appliquer rigoureusement cette disposition dans tous les cas. Elle est très-juste, si les créances de la femme sont fixes, et qu'on sache quelles sont les répétitions qu'elle aura à exercer. Dans ce cas, les inscriptions ne pourront jamais profiter aux créanciers. Il faut donc les rayer. Mais presque toujours les créances de la femme sont indéterminées. Il peut arriver qu'elles soient ou plus fortes ou plus faibles que la valeur des biens vendus. Dans cette incertitude, on devra, au lieu de rayer les inscriptions, colloquer conditionnellement les créanciers, afin que si, la femme payée, il reste quelques fonds, ceux qui viendront en rang utile puissent les recueillir.

Tel est le système de la loi relativement à la purge de l'hypothèque légale de la femme.

Il nous reste à examiner rapidement deux grandes questions qui se sont élevées sur cette partie intéressante de notre sujet. Nous ne pourrions les examiner à fond, sans sortir des limites de notre travail ; nous ne ferons qu'indiquer les principaux motifs de la solution que nous croyons devoir adopter sur chacune d'elles.

La première question consiste à savoir si la femme qui n'a pas fait inscrire son hypothèque dans les délais de l'art. 2195 est tellement déchue de tout

droit, qu'elle ne puisse se présenter même dans l'ordre, pour être colloquée sur le prix non encore distribué ?

Nous pensons qu'il faut admettre la négative :

1° Parce que l'inscription n'est requise dans le cas de l'art. 2195, que dans l'intérêt de l'acquéreur, et nullement dans l'intérêt des créanciers ;

2° Parce que l'art. 2195 déclare formellement l'hypothèque éteinte, *vis-à-vis de l'acquéreur seulement*, mais qu'en vertu de l'art. 2135, elle existe toujours *vis-à-vis des créanciers* ;

3° Parce que l'absence d'inscription ne porte aucun préjudice aux créanciers, et qu'alors on ne conçoit pas comment la loi aurait frappé vis-à-vis d'eux la femme d'une déchéance absolue, alors qu'elle a eu pour but de la favoriser au préjudice même des créanciers ;

4° Parce que l'art. 2180 qui prononce l'extinction de l'hypothèque dans le cas de purgement, doit se combiner avec l'art. 2195, qui ne la prononce que vis-à-vis de l'acquéreur ;

5° Parce que l'absence de l'inscription fait perdre le droit de suite ; mais laisse subsister le droit de préférence ;

6° Parce que le droit de préférence peut exister sans le droit de suite ; en effet, l'art. 2186 prévoit le cas où l'acquéreur ayant rempli les formalités de la purge vis-à-vis des créanciers inscrits, ceux-ci ne requièrent pas la surenchère dans le délai légal : auquel cas l'hypothèque est éteinte, le droit de suite anéanti, mais le droit de préférence s'exerce sur le prix. Une disposition pareille est écrite dans l'art. 2198. Enfin, l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, porte en termes formels « qu'à » défaut d'inscription dans le délai de quinzaine qui suit la transcription du » jugement d'expropriation, l'immeuble exproprié est affranchi de tous privilèges et hypothèques, de quelque nature qu'ils soient, sans préjudice des » droits des femmes mariées, des mineurs et des interdits, sur le montant de » l'indemnité, tant qu'elle n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été définitivement réglé entre les créanciers. »

Cette dernière analogie est si frappante, elle prévoit un cas tellement identique, que nous la croyons sans réplique. Est-il possible de dire plus formellement que le droit de suite peut être éteint, et cependant le droit de préférence exister ?

Concluons donc que la femme pourra venir dans l'ordre, pour se faire colloquer sur le prix non encore distribué, quoiqu'elle n'ait pas requis inscription sur les immeubles vendus. — La cour de cassation a pourtant admis le système

de déchéance absolue contre la femme. Mais un très-grand nombre de cours royales ont adopté l'opinion dont nous avons indiqué les principales bases.

La seconde question est celle de savoir si l'expropriation forcée purge de plein droit l'hypothèque légale, à tel point que l'adjudicataire prenne les immeubles adjugés francs et libres de toutes hypothèques, du chef des femmes qui n'auraient pas paru dans la procédure d'expropriation ?

La cour de cassation a longtemps consacré le système de l'affirmative ; mais par un dernier arrêt solennel du 22 juin 1833, elle a changé sa jurisprudence et obligé l'adjudicataire à remplir les formalités des art. 2194 et 2195 pour s'affranchir de l'hypothèque légale de la femme.

Quant à nous, nous pensons que le premier système consacré tout d'abord par la cour de cassation est destiné à prévaloir, par les raisons suivantes :

1° Parce qu'il était de principe constant dans l'ancienne jurisprudence que l'expropriation forcée purgeait toutes hypothèques, d'après la maxime : *un décret nettoie toutes hypothèques*, et qu'il ne paraît pas que le Code civil ait dérogé à ce principe.

2° Parce que la procédure de purge ordinaire n'est applicable qu'aux ventes volontaires, qu'il est reconnu que l'expropriation forcée purge les hypothèques ordinaires, et qu'on ne voit pas de motif pour ne pas appliquer ce principe à l'hypothèque légale de la femme.

3° Parce que la procédure organisée par les art. 2194 et 2195, n'est applicable qu'en cas d'aliénation volontaire, que cela résulte des expressions *acquéreur* et *contrat* qu'on trouve seules dans ces articles, expressions qui devraient être suivies de celles d'*adjudicataire* et de *jugement d'adjudication*, si ces articles s'appliquaient aussi aux ventes forcées.

4° Parce que l'art. 775 du Code de proc. dit formellement que, dans le cas, d'aliénation *autre que celle par expropriation*, l'ordre ne sera provoqué par l'*acquéreur* qu'après les trente jours qui suivront les délais prescrits par l'art. 2194, et que, d'après les art. 749 et 750, lorsqu'il s'agit d'une adjudication sur saisie, l'ordre s'ouvre trente jours après la *signification du jugement d'adjudication*, soit à la requête du saisissant, soit à la requête de l'*adjudicataire*, à défaut du premier, ce qui prouve évidemment que les formalités de l'art. 2194 ne doivent pas être accomplies, puisqu'il serait impossible que les délais de cet article fussent expirés au moment où ceux des art. 749 et 750 le seraient.

5° Parce que d'ailleurs l'exécution de toutes les formalités de la saisie im-

mobilière suffit pour prévenir la femme et rend surabondantes les formalités prescrites par l'art. 2194.

6° Parce qu'enfin il est dans l'esprit de la loi de faire disparaître les longueurs inutiles des procédures trop compliquées, et qu'il importe de ne pas effrayer les adjudicataires par des formalités ruineuses et interminables.

Tels sont les principaux motifs qui nous portent à préférer à la dernière jurisprudence de la cour de cassation, la jurisprudence antérieure qu'elle avait consacrée et appuyée sur des motifs qui nous paraissent très concluans. — Lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, la question fut soulevée aux deux chambres. Plusieurs des orateurs qui prirent la parole semblèrent considérer comme hors de doute, que l'expropriation ne pouvait pas purger l'hypothèque légale. Mais ce n'étaient là que des opinions personnelles influencées sans doute par le solennel arrêt de la cour de cassation. Il n'en est pas moins certain, que la loi de 1841 n'a pas tranché la difficulté, et il est manifeste que si les principes doivent amener à une solution différente de celle qu'on a considérée comme évidente, il ne faut pas hésiter à l'admettre, car des discussions ou des opinions ne peuvent pas abroger la loi. Or, il nous semble que la loi, telle qu'elle existe, est formelle pour l'opinion contraire à celle exprimée par les honorables membres des deux chambres, à l'occasion de la loi de 1841.

Au surplus, dans ce cas, comme dans le précédent, nous admettrions la femme à se présenter utilement dans l'ordre, jusqu'à la distribution définitive des deniers.

Nous avons ainsi terminé tout ce que nous avons à dire sur le système général de la loi en matière d'hypothèque légale des femmes mariées. Le sujet était vaste et intéressant. Nous n'avons pu l'embrasser que dans son ensemble sans nous étendre longuement sur toutes les difficultés de détail. Nous avons dû nous efforcer avant tout d'être complet. Nous serons heureux si l'on pense que nous avons atteint ce but. Pour achever notre tâche, il nous reste un mot à dire des modifications que la faillite du mari fait subir à l'hypothèque de la femme.

SECT. X

Des modifications de l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite du mari.

La loi doit protection à tous. Si, par des considérations de la plus haute importance, elle a cru devoir accorder, dans certaines circonstances, des privilèges

particuliers à certaines personnes, il ne faut pas que ces privilèges puissent venir en aide à la fraude, au préjudice des tiers de bonne foi. C'est par ce motif qu'en cas de faillite du mari, la loi prenant en suspicion la femme qui se trouvait dans des conditions prévues et voulant prévenir des manœuvres coupables qui tendraient au dépouillement des créanciers, a restreint les privilèges qu'elle lui avait accordés.

Ainsi, aux termes de l'art. 563 du Code de commerce « lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, s'il tombe en faillite, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme : 1° pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine; 2° pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage; 3° pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari. » La femme ne pourra, d'ailleurs, aux termes de l'art. 564, dans le même cas, se prévaloir des avantages portés au contrat de mariage. »

Il résulte de ces deux articles, plusieurs modifications aux règles générales que nous avons exposées :

1° Tandis que, dans les cas ordinaires, la femme a hypothèque sur tous les biens quelconques du mari, en cas de faillite, elle n'en a pas sur les immeubles acquis des deniers du mari durant le mariage. — On conçoit qu'il eût été trop facile au mari de faire disparaître de cette manière les deniers de la faillite.

2° Tandis que, dans les cas ordinaires, la femme peut justifier de ses créances par toute espèce de preuves, en cas de faillite, elle doit rapporter un acte ayant date certaine. — Il fallait éviter que la femme pût se créer des créances imaginaires au préjudice des créanciers.

3° Tandis que la femme, dans les cas ordinaires, a une hypothèque légale pour ses conventions matrimoniales, en cas de faillite, non-seulement elle n'a pas cette hypothèque, mais encore elle ne peut même pas profiter de ces conventions. — La loi suppose que le mari ne s'est dépouillé en faveur de sa femme que pour frustrer ses créanciers, et elle annule la disposition comme frauduleuse.

Mais pour que ces modifications puissent avoir lieu, il faut, ou bien que le mari fût commerçant au moment du mariage, ou bien que n'ayant pas à ce moment d'autre profession, il le soit devenu dans l'année. — La loi veut que la

femme sache bien au moment du mariage, ou soit supposée savoir quelles sont les chances qu'elle a à courir, et qu'elle ne puisse pas ignorer qu'elle est exposée à devenir l'objet d'une suspicion trop souvent légitime.

Si donc la femme n'a pas pu s'attendre à une restriction de ses droits, il serait injuste de la frapper. C'est pourquoi si, au moment du mariage, le mari n'est pas commerçant et ne le devient pas ou ne le devient qu'après le délai d'une année, ou bien si, le devenant dans l'année, il avait au moment du mariage, une profession déterminée, la femme, dans ces cas, conservera tous ses privilèges, et restera en faveur aux yeux de la loi. Dans tous ces cas, en effet, la femme a épousé un homme qui, dans sa pensée, ne pourrait pas tomber en faillite, puisqu'au moment du mariage il n'était pas commerçant et qu'elle ne pouvait pas prévoir qu'il le deviendrait. Elle a donc dû compter sur tous les privilèges accordés à la femme mariée. Il serait injuste de l'en priver.

Nous nous arrêtons. Notre sujet est épuisé. Nous avons vu se développer successivement tous les élémens de ce système de protection dont la loi a entouré la femme. Nous avons suivi la femme depuis le jour où son droit privilégié commence, jusqu'à celui où il finit. Le législateur la prend pour ainsi dire par la main, au moment où elle passe sous la puissance de son mari et ne la quitte que lorsqu'elle en est affranchie. Il intervient dans chacun de ses actes pour contrebalancer ou détruire, s'il le faut, l'influence pernicieuse du mari. Il lui prodigue enfin ses faveurs les plus grandes. La femme doit bien par reconnaissance accepter, sans se plaindre, la sujétion qu'il l'oblige à subir. Car c'est à cette sujétion qu'elle doit tous ses privilèges. Qu'elle réfléchisse, d'ailleurs, à ce qu'elle était dans les premiers temps de Rome; à ce qu'elle est même encore aujourd'hui chez plusieurs peuples modernes. Qu'elle pense au temps où l'on disait d'elle: *mulier, uterus*. Qu'elle se compare avec son passé et qu'elle dise après si nos lois modernes, malgré la soumission qu'elles lui ont imposée, n'ont pas cependant réalisé pour elle les vœux que la nature et la religion du christianisme permettaient de former pour sa complète réhabilitation.

DROIT ADMINISTRATIF.

De l'expropriation pour cause d'utilité publique en général.

L'état a un droit éminent de propriété sur les biens des sujets, en sorte qu'il peut se servir de ces biens, les distraire même et les aliéner, non-seulement dans le cas d'une extrême nécessité mais encore pour l'utilité publique, à laquelle l'utilité particulière doit céder, selon l'intention raisonnablement présumée de ceux qui ont formé les sociétés.

(Grotius, liv. 3. chap. 20. parag. 7 n. 2.)

CHACUN POUR SOI... dit l'égoïste maxime du siècle. LA LOI POUR TOUS !.. disent la justice et la raison. Voilà pourquoi il a fallu créer *l'expropriation pour cause d'utilité publique*.

Expropriation pour cause d'utilité publique !.. Ces mots révèlent la lutte opiniâtre opposée par l'étroit intérêt de *chacun*, à l'intérêt sacré de *tous*. Ils révèlent en même temps le droit qui appartient à *tous*, de vaincre les résistances mesquines de *chacun*. Si ce droit n'existait pas, l'expropriation ne serait qu'un dépouillement injuste : car en soi la propriété privée est inviolable.

Mais ce droit existe, et il a ses bases dans le devoir imposé à tous les membres de la société, de consentir, si la nécessité l'exige, au sacrifice d'une partie de leur liberté personnelle d'action, pour le profit de l'intérêt commun. Ce devoir est né le jour où chacun est venu s'asseoir au banquet social : car ce jour-là chacun a promis de se soumettre à toutes les exigences du pouvoir qui viendrait lui demander son concours pour les créations réclamées par les besoins sociaux. A cette condition, et sur la foi de cette promesse, la société a promis à son tour, secours, protection et avantages. Elle s'est engagée à veiller sagement à l'administration publique, et à mettre au service de chacun, les utiles produits de cette administration. Aussi quand l'état vient demander à un citoyen le sacrifice de sa propriété, dans un but d'utilité publique, il ne fait qu'accomplir sa promesse. Si le citoyen refuse, il manque à la sienne. S'il était impossi-

ble de vaincre ce refus, il dépendrait de lui de se soustraire à ses obligations, et bien plus encore, d'empêcher le pouvoir public d'accomplir celles qu'il s'est généreusement imposées. Il est évident que cela ne serait pas rationnel, et qu'aucune société ne pourrait prospérer, si un pareil état de choses pouvait un moment subsister. Aussi quand l'égoïsme individuel vient s'opposer, comme un obstacle, aux grands travaux d'utilité générale; quand le propriétaire, attaché fortement à la glèbe qu'il a cultivée et fécondée, ne veut pas s'en dessaisir; quand enfin l'intérêt privé ne veut pas comprendre que le meilleur moyen de se servir, c'est de seconder les généreux efforts du pouvoir qui travaille pour l'intérêt de tous, ce pouvoir ne doit pas s'arrêter; il doit marcher toujours à son but, et prendre de force ce qui se trouve sur son passage, si l'on ne veut pas le céder de bon gré. Mais là finit son droit, et commence pour lui un autre devoir. Le propriétaire a fécondé de ses sueurs le champ qu'on vient lui arracher: il a élevé avec un légitime orgueil le superbe édifice qui devait lui servir de demeure, ou bien, il a bâti pierre par pierre la modeste maison dont il avait besoin pour asile, et il a consacré à cette construction le fruit de ses longs labeurs. Ce champ, cette demeure princière, cette pauvre maison, tout cela doit disparaître, car l'intérêt de tous l'exige. Mais à la place il faut donner autre chose: il faut rendre à l'un le prix de ses sueurs, à l'autre sa fortune que toute entière peut-être il avait convertie en un somptueux bâtiment, à l'autre les deniers qui ramassés péniblement tous les jours lui ont servi à se construire un abri. Il faut *indemniser* en un mot l'intérêt privé. Il faut que la dépossession ne soit pas une perte; qu'elle ne soit qu'un *désagrément*, dans toute la vérité du mot. Ce désagrément sera plus que compensé le plus souvent par le profit réel que les propriétaires dépossédés retireront des travaux accomplis. Et si la compensation n'existe pas, la justice ne sera pas blessée: car ce désagrément est un sacrifice dû en vertu d'une promesse sacrée.

Donc l'*expropriation* suppose toujours le paiement de l'*indemnité*. Bien plus en règle générale, l'*indemnité* doit précéder la dépossession: il ne faut pas qu'un seul moment le propriétaire puisse se considérer comme privé de sa chose. Il faut qu'il en ait le prix, avant de l'abandonner.

Nous avons à examiner les diverses périodes par lesquelles est obligé de passer le *droit d'expropriation* avant d'aboutir au résultat qu'il appelle, c'est-à-dire à la *dépossession*. Pour mettre quelque ordre dans l'exposition de notre sujet, dont nous ne pouvons traiter que les parties sommaires, sans nous engager dans toutes les difficultés de détail, nous parlerons:

1° De l'historique de la législation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique;

- 2° Du pouvoir appelé à déclarer l'utilité publique et des formes de cette déclaration ;
- 3° Du pouvoir appelé à remplir les formalités relatives à l'expropriation, et de ces formalités ;
- 4° Du pouvoir appelé à prononcer l'expropriation et de ses attributions à cet égard ;
- 5° Du pouvoir appelé à régler l'indemnité et des objets à l'égard desquels il doit être appelé à la fixer ;
- 6° Des règles exceptionnelles de l'expropriation, dans certains cas.

SECT. I^{re}.

De l'histoire de la législation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

De tout temps l'intérêt privé a voulu jouir de ce qu'il appelait *toutes ses franchises*. De tout temps aussi l'intérêt général a eu besoin de lui demander des sacrifices, et comme ils n'auraient pas souvent été bénévolement accordés, il a fallu de tout temps, comme aujourd'hui, que le pouvoir public intervînt pour briser les résistances opiniâtres qui s'opposaient à l'exécution des mesures réclamées par les besoins sociaux. Nous ne possédons pas, de bien s'en faut sans doute, tous les documents nécessaires pour savoir quelle a été à toute époque la législation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique : mais il doit être rationnellement certain que cette législation a existé, du moins en France, à une époque très-reculée. Le premier document authentique que nous connaissions à cet égard remonte au berceau du quatorzième siècle. En 1303 Philippe-le-Bel rendit une ordonnance, en vertu de laquelle, lorsqu'il était nécessaire de construire pour la première fois ou d'agrandir les églises paroissiales, les propriétaires des terrains sur lesquels les constructions devaient être assises, étaient forcés de les céder moyennant une juste indemnité. Le parlement de Paris ayant eu à se prononcer sur certaines contestations qui lui furent soumises relativement à des acquisitions de terrains pour des constructions de cette nature, se reconnut compétent pour vider la discussion et fixer l'indemnité. Mais pour tous autres travaux, plein pouvoir fut laissé à l'autorité administrative ! A elle seule fut attribué, en règle générale,

rale, le droit de prononcer les *retraits d'utilité publique*. A elle aussi le droit de surveiller et de faire exécuter les travaux. Elle s'acquittait de ce soin en le confiant à des gens de l'art qui furent investis du droit de fixer l'indemnité, qui fut toujours payée avec *crue* d'un cinquième, pour réparer les erreurs d'appréciation qui auraient pu se glisser dans l'expertise.

En 1790, un décret en date des 6-11 septembre, *sur la forme de procéder devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de travaux publics, etc.*, attribua à l'autorité administrative de chaque district, le droit de prononcer, par voie de conciliation, sur les difficultés relatives aux indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des ouvrages publics. Le directoire du département fixait définitivement l'indemnité, si les parties n'avaient pu se régler devant le directoire de district. Le règlement définitif avait lieu sur le pied de l'estimation faite par le juge de paix et ses assesseurs. Du reste l'autorité administrative pouvait seule déclarer l'utilité publique et prononcer l'expropriation.

Ce décret, modifié en 1793, se vit abrogé par la loi du 28 Pluviôse an 8 qui attribua aux conseils de préfecture qu'elle créait les pouvoirs attribués précédemment aux directoires de département.

Plus tard, et en 1807, la loi du 16 septembre, sous le titre menteur de *loi relative au dessèchement de marais*, consacra les règles d'expropriation en matière de travaux publics et d'alignemens, et d'après le système de cette loi, l'expropriation dût être prononcée, et les indemnités auxquelles cette expropriation donnait lieu, durent être réglées par les conseils de préfecture. Mais cette loi était loin d'offrir un système complet sur une matière qu'elle n'était pas destinée à régler, puisque son but principal était de réglementer les dessèchemens de marais.

Enfin, vint la loi du 8 mars 1810 spécialement faite pour l'expropriation pour cause d'utilité publique, et qui la première présenta un système complet sur cette intéressante matière. La première elle consacra d'une manière formelle ce principe éminemment protecteur de la propriété immobilière. *L'expropriation pour cause d'utilité publique s'opère par l'autorité de la justice*. C'est dans le premier de ses articles que cette loi rendit ainsi à la propriété immobilière ce qu'on peut appeler *ses juges naturels*. Les tribunaux furent aussi investis du droit de fixer l'indemnité. A l'administration appartient le droit de remplir toutes les formalités préalables de l'expropriation. Quant à la déclaration d'utilité publique elle ne pouvait être faite que par le pouvoir législatif ou par l'autorité administrative, agissant comme déléguée de ce pouvoir.

Le système de la loi de 1810 était satisfaisant dans son ensemble. Cependant on ne tarda pas à s'apercevoir que, quoique les tribunaux eussent été constitués juges de l'indemnité, il leur était impossible pourtant de faire eux-mêmes cette fixation, et qu'ils étaient obligés de faire procéder à des expertises dont les élémens se trouvaient trop souvent en dehors du cercle habituel d'application, dans lequel les juges étaient renfermés à tel point qu'il leur devenait quelquefois très-difficile d'apprécier exactement les résultats. D'ailleurs les parties plus confiantes en leurs experts, en faisaient des arbitres, et trop souvent ceux-ci abusaient de la qualité qui leur était conférée, pour favoriser des prétentions qu'ils étaient *encouragés* à accueillir et qui pourtant ne réunissaient pas toutes les conditions de justice et de modération qui seules auraient dû les faire admettre. En présence de cet état de choses, la création d'un tribunal composé d'hommes impartiaux et plus habitués que des juges civils à l'appréciation des expertises relatives à la valeur des propriétés, devenait nécessaire. Et la loi du 7 juillet 1833, répondant à cette nécessité, appliqua pour la première fois le jury à une affaire civile. Cette loi corrigea en même temps quelques détails trop compliqués, que l'on trouvait dans la loi de 1810. — Postérieurement la loi du 21 mai 1836 appliqua le même système d'appréciation de l'indemnité, en ce qui concerne le redressement et l'ouverture des chemins vicinaux, avec quelques légères modifications.

Des réclamations nombreuses avaient provoqué les réformes introduites dans la législation par la loi de 1833. Cette loi avait amélioré la législation antérieure. Mais comme celle-ci elle souleva elle-même des reproches. L'état et les compagnies qui en faisaient l'application journalière, en signalèrent les imperfections. On se récria contre la longueur de ses formalités. On alla jusqu'à accuser l'institution du jury de n'avoir pas compris son but. On suspecta son indépendance et ses lumières. Ces plaintes ont été entendues en partie. Quels que fussent les reproches adressés au jury, on n'a pas cru pourtant devoir le supprimer, et l'on a préféré en perfectionner l'action. Cette mesure est beaucoup plus sage que ne l'eût été une suppression complète. Cette institution est aujourd'hui dans les mœurs du pays, et chacun doit souhaiter qu'elle s'y maintienne et qu'elle s'y développe : car elle est une garantie de liberté !... A l'égard des formalités, justice a été faite. On a diminué les délais, simplifié les formes, rendu plus faciles les traités amiables, déterminé d'une manière précise les attributions de chaque pouvoir. Telle est l'œuvre de la loi du 3 mai 1841. Cette loi a de plus consacré un système tout nouveau sur l'expropriation d'urgence. Nous aurons à en dire un mot. N'anticipons pas.

Tel est l'historique de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Nous n'avons plus qu'une observation à faire. L'art. 77 de la loi de 1841 abroge les lois du 8 mars 1810 et du 7 juillet 1833. D'un autre côté, la loi de 1833 avait abrogé la loi de 1810; mais la loi de 1810 n'avait abrogé la loi du 16 septembre 1807, qu'en ce qui se trouvait contraire à ses dispositions: ce sont les termes de l'art. 27 de cette loi. De là cette conséquence, que la loi de 1807 n'est pas abrogée par la loi de 1841, quant à tout ce qui n'est pas contraire à ses dispositions. Au surplus, aucune de ces lois ni toutes autres, quand elles parlent d'abrogation, ne disent un mot de la législation antérieure sur les mines et les alignemens. Il faudra donc appliquer toutes ces lois, en ce qui ne sera pas contraire aux principes formellement consacrés. Ces observations nous serviront ultérieurement; mais c'était ici le lieu de les présenter. Nous passons au second point de notre division.

SECT. II.

Du pouvoir appelé à déclarer l'utilité publique, et des formes de cette déclaration.

L'expropriation est un fait exorbitant du droit commun. Elle prive un propriétaire du droit qui lui est donné par l'art. 544 du Code civil *de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue*. Elle l'oblige à se dessaisir malgré lui d'une propriété à laquelle il s'était attaché par les liens les plus forts: car le *sentiment de la propriété*, qu'on nous passe l'expression, est un de ceux qui sont le plus innés au cœur de l'homme. Ce n'est donc que pour de très-graves motifs que l'on a le droit de lui faire cette violence. Ces motifs doivent être nécessairement des *motifs d'utilité publique*. Le principe est formellement consacré dans l'art. 545 du Code civil, ainsi conçu: « Nul ne peut être » contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique. » L'art. 9 de la charte n'est pas moins formel: « L'état peut exiger le sacrifice d'une » propriété privée pour cause *d'intérêt public légalement constaté*. » Aussi il faut nécessairement que l'intérêt général soit en jeu, pour qu'un citoyen puisse être exproprié.

Mais quel est cet intérêt général? A quels caractères pourra-t-on le reconnaître? Toujours cet intérêt sera manifeste, si les travaux à entreprendre sont exécutés par l'état, unité nationale. Ainsi toutes les fois qu'il s'agira de construire des canaux, des chemins de fer, des ports, si les propriétaires dont

les terrains deviendront nécessaires à l'exécution de ces ouvrages, ne veulent pas céder amiablement leurs propriétés, ils pourront être déposés.

Mais si les travaux sont exécutés par une commune et dans un intérêt communal ; s'ils sont exécutés par des concessionnaires ; dans ces deux cas, l'utilité publique sera-t-elle aussi constante ? Oui sans doute. Les travaux de la commune n'ont pas pour but l'avantage d'un seul individu : ils tendent à l'avantage de tous. Cela devient évident, si l'on suppose par la pensée, que toutes les communes de la France exécutent dans leur intérêt propre, tous les travaux nécessaires à leurs besoins ou à leurs embellissements. La France qui n'est que la réunion de toutes ces communes, trouvera sur tous les points, tous ses besoins satisfaits, et dans ce grand pays, il n'y aura pas un seul hameau qui ait quelque chose à désirer, soit sous le rapport des communications, soit sous le rapport de tous autres avantages. Or, à quoi tendent les grands travaux d'utilité publique ? A satisfaire sur une plus grande échelle, un plus grand nombre de besoins. Voilà toute la différence. Mais au fond, le but est le même. Donc, les travaux communaux, doivent jouir des mêmes privilèges que les *travaux publics* proprement dits, et à ceux-là comme à ceux-ci, doit se rattacher le droit d'expropriation. Au surplus, les art. 3 et 12 de la loi du 3 mai 1841, tranchent formellement la question. — Nous ne devons plus qu'indiquer quelques cas d'application. Ces cas se présenteront toutes les fois qu'une commune voudra construire une prison, un cimetière, un édifice pour les cultes, pour les écoles, et autres ouvrages analogues.

A l'égard des concessionnaires, la difficulté n'est pas plus grande. Les travaux ont le même but, quelle que soit la main qui les exécute. Le concessionnaire remplace l'état ; il doit donc avoir les mêmes droits. Les art. 3 et 63 de la loi de 1841 consacrent encore ce principe.

Mais il est certain que l'expropriation ne pourrait pas avoir lieu au profit de quelques intérêts privés, même collectifs.

Du reste, toutes les formalités que nous avons à expliquer sont applicables à la propriété immobilière seulement. S'il s'agissait de droits mobiliers, dont l'utilité publique exigeât l'expropriation, il faudrait une loi spéciale. C'est ainsi que des lois spéciales ont prohibé la fabrication du tabac factice, la vente des pistolets de poche, l'usage des télégraphes commerciaux. (Lois du 12 février 1835 — 2 mai 1837 — 23 février 1837.) De même un arrêté du 13 nivôse, an X, art. 3, a permis au gouvernement de retenir, moyennant indemnité, les papiers, cartes, plans et mémoires appartenant en propre à

des officiers décédés. — Un décret du 7 fructidor, an XII, art. 77, lui donne aussi le même droit pour les papiers, cartes et plans des ingénieurs des ponts-et-chaussées. Mais ces décrets ou arrêtés, n'ont-ils pas été abrogés par l'art. 8 de la charte, qui déclare *toutes les propriétés inviolables* ? Il nous semble qu'il serait *constitutionnel* de décider affirmativement la question.

La propriété littéraire ne peut pas non plus être régie par la loi de 1841. Il faudrait une loi spéciale pour priver un auteur de son droit sacré de propriété, sur les produits de son intelligence. Jusque-là, le dépouillement serait un vol manifeste.

Mais quant à tous les objets qui peuvent être soumis à l'expropriation dont la loi de 1841 a tracé les règles, la première condition à remplir pour arriver à l'expropriation c'est de constater l'*utilité publique*. Quel est le pouvoir chargé de faire cette déclaration ?

Il est exact de répondre d'une manière générale : le *pouvoir législatif*. Mais il faut bien s'entendre sur le sens de cette réponse. Elle ne signifie pas que les chambres et le roi réunis (c'est-à-dire, le *pouvoir législatif ordinaire*) sont seuls appelés à déclarer l'utilité publique ; elle signifie que le pouvoir qui fait cette déclaration, agit *législativement*, à tel point, qu'aucune espèce de recours n'est admis contre l'acte qu'il fait. — Si maintenant nous recherchons les divers agens qui successivement peuvent être appelés à faire cette déclaration, nous trouverons : 1° Le législateur ordinaire, les deux chambres et le roi, pour tous grands travaux d'utilité publique, routes royales, canaux, chemins de fer, canalisation des rivières, bassins et docks, entrepris par l'état, les départements, les communes, ou les compagnies particulières ; 2° Le roi, pour l'exécution des routes départementales, celle des canaux et chemins de fer d'embranchement, de moins de vingt mille mètres de longueur, des ponts et de tous autres travaux de moindre importance, et encore pour les travaux de redressement d'une route, même royale, quelle que soit la longueur ; 3° Enfin, le préfet pour la reconnaissance ou la fixation de largeur des chemins vicinaux, et pour les travaux d'ouverture ou de redressement de ces chemins. (Art. 3. Loi de 1841. — Art. 15 et 16. Loi du 21 mai 1836.)

La loi ou l'ordonnance royale qui déclare l'utilité publique, doit être précédée d'une enquête administrative, dont les formes sont réglées par les ordonnances du 18 février 1834, des 15 février et 23 août 1835. L'arrêté du préfet ne doit pas nécessairement être précédé de ce préalable.

La loi et l'ordonnance royale doivent aussi désigner les localités et territoires sur lesquels les travaux doivent avoir lieu. Lorsque cette désignation n'est pas faite, le préfet est appelé à la faire par un arrêté ultérieur.

SECT. III.

Du pouvoir appelé à remplir les formalités relatives à l'expropriation et de ces formalités.

L'administration active est chargée par la loi de préparer l'expropriation. Nous devons examiner quelles sont les formalités qu'elle doit remplir, et quels sont les agens qui, successivement, sont appelés à jouer un rôle dans cette procédure préparatoire.

Jusqu'ici la loi, l'ordonnance ou l'arrêté du préfet, n'ont déterminé qu'une chose : les localités ou territoires sur lesquels les travaux doivent avoir lieu. Il faut maintenant fixer les parties du territoire sur lesquelles il sera utile de diriger les travaux. A cet effet, les ingénieurs ou autres gens de l'art lèvent, pour la partie qui s'étend sur chaque commune, le plan parcellaire des terrains ou des édifices dont la cession leur paraît nécessaire. Ce plan indique les noms de chaque propriétaire; il reste déposé pendant huit jours francs à la mairie de la commune, ou s'il n'y a pas de mairie, au domicile du greffier du lieu de la situation des propriétés. Chacun des intéressés est appelé à en prendre connaissance par un avertissement publié dans la commune, affiché à la porte de l'église et de la mairie, et inséré dans l'un des journaux publiés dans l'arrondissement, ou à défaut, dans le département. Le maire mentionne sur un procès-verbal, signé par les parties comparantes, les déclarations et réclamations qui lui sont faites verbalement, et y annexe celles qui lui sont faites par écrit. Le délai de huitaine expiré, une commission se réunit au chef-lieu de sous-préfecture pour recevoir pendant huit jours les observations des propriétaires. Cette commission présidée par le sous-préfet, se compose de quatre membres du conseil général du département ou du conseil d'arrondissement désignés par le préfet, du maire de la commune où les propriétés sont situées, et de l'un des ingénieurs qui ont procédé à la levée des plans. Elle appelle les propriétaires toutes les fois qu'elle le juge convenable, et, quand elle est suffisamment éclairée, elle donne son avis sur le tracé proposé, après délibération prise par cinq membres au moins. Ses opérations doivent être terminées dans le délai de dix jours. Ce délai expiré, le procès-verbal est adressé immédiatement par le sous-préfet au préfet. Si toutefois les opérations n'avaient pu être terminées dans le délai fixé, le sous-préfet doit, dans les trois jours, transmettre au préfet les documens recueillis, et son procès-verbal constatant que la commission n'a pas terminé ses opérations.—Si l'avis

de la commission est conforme au tracé proposé par les ingénieurs, le préfet, aussitôt après avoir reçu le procès-verbal et les documens annexés, détermine, par un arrêté motivé, les propriétés qui doivent être cédées, et indique l'époque à laquelle il sera nécessaire d'en prendre possession. Si la commission propose, au contraire, quelque changement au tracé proposé, les pièces ne sont pas envoyées à la préfecture, aussitôt après l'expiration des dix jours accordés à la commission pour procéder à ses opérations. Dans ce cas, le sous-préfet donne immédiatement avis aux propriétaires intéressés dans ce changement. Le procès-verbal et les pièces restent déposés pendant huit jours à la sous-préfecture. Les parties viennent en prendre connaissance, et fournissent leurs observations écrites. Dans les trois jours suivans, le sous-préfet transmet toutes les pièces à la préfecture, et le préfet surseoit à son arrêté définitif, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé par l'administration supérieure. Celle-ci peut alors, ou statuer définitivement sur le tracé, ou ordonner qu'il soit procédé à tout ou partie des formalités précédentes. Après quoi, le préfet rend son arrêté en conseil de préfecture, et fixe le tracé définitif des travaux. (Art. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, loi de 1841.)

S'il s'agit de travaux à exécuter par une commune, et dans un intérêt purement communal, ou bien de travaux d'ouverture ou de redressement des chemins vicinaux, la commission ne s'assemble pas. Le procès-verbal du maire est transmis seulement, avec l'avis du conseil municipal au sous-préfet, qui l'adresse au préfet avec ses observations. Sur le vu de ce procès-verbal, et sauf l'approbation de l'administration supérieure, le préfet, en conseil de préfecture, prend l'arrêté définitif du tracé. De là, cette conséquence que le préfet est obligé de prendre deux arrêtés, l'un pour déclarer l'utilité publique, l'autre pour déterminer les propriétés qui doivent être cédées, ce qui fait disparaître tous les doutes élevés à cet égard, sous l'empire de la loi du 7 juillet 1833. (Art. 12, loi de 1841.)

Si toutes ces formalités ne sont pas exactement remplies, les parties intéressées peuvent soumettre l'acte administratif irrégulier qui les atteint, à l'appréciation du tribunal administratif supérieur, du Conseil-d'Etat. En effet, cet acte irrégulier ne froisse pas seulement leurs *intérêts*; il blesse leurs *droits*. Elles doivent donc être admises à les discuter. Si donc les enquêtes sont irrégulières, si l'arrêté du préfet qui fixe les propriétés à céder, n'est pas pris en conseil de préfecture, si la commission donne son avis, après délibération de quatre membres seulement, et que cependant l'arrêté définitif du préfet soit pris, sans que ces positions aient été régularisées, le recours devra être admis devant le Conseil-d'Etat.

SECT. IV.

Du pouvoir appelé à prononcer l'expropriation et de ses attributions à cet égard.

Les plans dressés, les propriétaires entendus, l'arrêté du préfet qui fixe les propriétés sur lesquelles les travaux doivent être dirigés étant rendu, le moment arrive de faire prononcer l'expropriation des terrains dont la cession ne serait pas amiablement consentie. Quel est le pouvoir chargé de prononcer cette expropriation ? L'article 1^{er} de la loi de 1841 répond à cette question dans les termes de la loi de 1810 : *L'expropriation s'opère par autorité de justice*. Les tribunaux ordinaires sont donc appelés à achever l'œuvre commencée par l'administration ; suivons-les dans cette opération, et voyons quels sont leurs pouvoirs.

Aussitôt que l'arrêté de tracé définitif est rendu, l'administration s'abouche avec les propriétaires. Il peut arriver alors, ou bien que les propriétaires s'accordent sur la cession et le prix ; ou bien qu'ils ne s'accordent, ni sur la cession ni sur le prix ; ou bien qu'ils s'accordent sur la cession seulement. Dans le premier cas, l'administration n'a plus qu'à payer, sauf à remplir préalablement les formalités de la purge, pour se mettre à l'abri de tout recours. Dans le second cas, le préfet transmet au procureur du roi dans le ressort duquel les biens sont situés, la loi ou l'ordonnance qui autorise l'exécution des travaux, et son arrêté du tracé. Dans les trois jours, le procureur du roi requiert, et le tribunal prononce l'expropriation des terrains indiqués dans l'arrêté, nomme le magistrat directeur du jury chargé de fixer l'indemnité, et son remplaçant au besoin. Dans le troisième cas, le tribunal donne acte du consentement des propriétaires à la cession, et désigne le magistrat directeur du jury, sans qu'il soit besoin de rendre un jugement d'expropriation. Dans ces deux derniers cas, le jugement est rendu public par des insertions et affiches. Il est notifié aux parties intéressées, et transcrit au bureau des hypothèques, afin de parvenir à la purge. (Art. 13, 14, 15, 16, loi de 1841.)

Les tribunaux sont appelés à prononcer l'expropriation, parce qu'ils sont les protecteurs nés du droit de propriété. Mais doivent-ils se borner à homologuer sans examen tous les actes préalables de l'administration, ou bien peuvent-ils examiner si les formalités ont été remplies, et refuser de prononcer l'expropriation dans le cas d'inaccomplissement ? L'art. 14 de la loi de 1841 n'oblige le tri-

bunal à prononcer l'expropriation, *que sur la production des pièces constatant que les formalités prescrites ont été remplies*. Quelles sont donc les attributions des tribunaux sous ce rapport ?

La question est grave. Le grand principe de l'Assemblée Constituante, celui de *la séparation des pouvoirs*, s'y trouve engagé. Mais elle n'est difficile à résoudre que dans les applications. En principe, il faut reconnaître que le pouvoir judiciaire a le droit d'examiner si toutes les formalités exigées par le législateur, comme garantie des droits de propriété, ont été accomplies, et de refuser l'expropriation, lorsqu'il en manque une seule. Mais il n'est pas moins certain qu'il n'a pas le droit de discuter la validité, la régularité et l'opportunité des actes administratifs qui lui sont soumis. Cette opportunité, cette régularité ou cette validité rentrent dans l'appréciation du tribunal administratif supérieur. De là, nous induisons les conséquences suivantes, dans les diverses espèces que nous examinons :

1° Le tribunal ne peut refuser l'expropriation, sous le prétexte que l'utilité publique a été déclarée par ordonnance royale, au lieu de l'être par une loi, car il ne lui appartient pas de juger si le pouvoir exécutif s'est ou non trompé dans l'appréciation de ses attributions. Il en serait autrement si l'expropriation lui était demandée, sur la production d'un arrêté du préfet déclarant l'utilité publique, alors qu'il s'agissait d'un travail qui ne pouvait être autorisé que par la loi ou le roi, par exemple, lorsqu'il s'agissait d'un chemin de fer. La raison en est que, dans aucun cas, le préfet ne peut avoir le droit d'autoriser de pareils travaux, et que son arrêté, *évidemment* illégal, ne peut pas avoir plus d'effet que s'il n'existait pas ;

2° Le tribunal ne peut examiner si la loi ou l'ordonnance qui déclare l'utilité publique a été précédée de l'enquête. L'art. 14, en effet, ne lui donne que le droit de demander la production de la loi ou de l'ordonnance, et nullement de s'enquérir si la loi ou l'ordonnance a été précédée de l'enquête ;

3° Le tribunal, dans le cas où la commission a modifié le tracé, et où le préfet a rendu son arrêté après avoir demandé la décision du ministre qu'il a dû consulter, n'a pas le droit de s'enquérir si le préfet s'est conformé à cette décision, car ce serait là, *évidemment*, s'immiscer dans l'examen d'un acte administratif ;

4° Le tribunal n'a pas le droit de suspecter la véracité des mentions faites dans les actes administratifs. Ceux-ci font pleine foi de ce qu'ils contiennent, jusqu'à inscription de faux de la part des parties intéressées ;

5° Lorsque l'arrêté de tracé définitif ne porte pas qu'il a été rendu en conseil

de préfecture, le tribunal n'a pas le droit de réviser cet acte : c'est un droit qui appartient exclusivement au pouvoir administratif supérieur ;

6° Il en est de même dans le cas où la commission n'a délibéré qu'au nombre de quatre membres.

Mais le tribunal peut refuser l'expropriation, et à plus forte raison surseoir à statuer :

1° Si l'on ne produit pas l'ordonnance, la loi ou l'arrêté qui déclare l'utilité publique ;

2° Si l'on ne rapporte pas l'arrêté définitif de tracé ;

3° S'il n'est pas établi que les propriétaires ont été avertis du dépôt des plans ;

4° Si la commission ne s'est pas réunie, alors que sa réunion était exigée ;

5° Si, dans le cas d'un travail communal ou d'ouverture de chemins vicinaux, l'avis du conseil municipal n'est pas mis sous les yeux des juges.

En un mot, il doit s'enquérir, si les actes rigoureusement exigés existent. Cette existence une fois prouvée, il doit prononcer l'expropriation.

Le jugement d'expropriation doit, du reste, constater l'accomplissement des formalités requises. — Pour cela, il suffit qu'il vise les pièces collectivement et en masse, et qu'il déclare qu'elles constatent l'accomplissement de ces formalités.

Ce jugement ne peut être attaqué que par la voie du recours en cassation, et pour motif d'incompétence, d'excès de pouvoir ou de vices de forme. Le pourvoi doit être formé dans les trois jours de la notification, par déclaration au greffe ; il est notifié dans la huitaine au défendeur, et dans la quinzaine suivante, il est adressé directement à la chambre civile de la cour de cassation, qui statue *définitivement* dans le mois. (Art. 20.)

Mais le pouvoir du tribunal ne se borne pas à déclarer l'expropriation. Dans certaines circonstances, il peut provoquer l'administration à poursuivre cette expropriation. Ainsi, lorsque dans l'année de l'arrêté du préfet, l'administration n'a pas poursuivi l'expropriation, tout propriétaire, dont les terrains sont compris audit arrêté, peut présenter requête au tribunal. Cette requête est communiquée par le procureur du roi au préfet, qui doit, dans le plus bref délai, envoyer les pièces, et le tribunal statue dans les trois jours. (Art. 14.)

Si des conventions amiables ont eu lieu entre l'état et les propriétaires déposés, elles ont été constatées soit dans des actes passés dans la forme des actes administratifs, soit dans des actes devant notaire. Si des difficultés s'élèvent postérieurement relativement à l'interprétation, à la validité, à la nullité de ces

actes, le fond de l'acte étant judiciaire, les tribunaux seuls pourront connaître de la contestation. Eux seuls aussi pourront vider le débat qui s'élèverait entre l'état et les propriétaires, dans le cas où ceux-ci refuseraient de faire constater la convention par un acte en forme administrative, et où l'état ne voudrait pas la laisser constater par un acte notarié. Le jugement rendu tiendrait lieu d'acte aux deux parties.

Il peut arriver que les terrains expropriés ne reçoivent pas la destination qui leur avait été primitivement assignée. Dans ce cas, l'art. 60 de la loi accorde aux anciens propriétaires le droit d'en demander la remise, moyennant un prix fixé par le jury. Ils doivent former cette demande dans les trois mois de l'avis donné par l'administration qu'elle est au moment de revendre les terrains non utilisés. Ils doivent de plus passer le contrat de rachat et payer le prix, dans le mois de la fixation soit amiable, soit judiciaire, et cela à peine de déchéance. S'il s'élève des difficultés sur le droit à la rétrocession, ou sur la déchéance du privilège, les tribunaux civils seront compétents. Leur compétence ne serait pas moins certaine, quand même au moment de la demande, le préfet eût déjà pris un arrêté portant cession de ces terrains à des tiers. Car le préfet n'avait pas le droit de disposer de ces terrains au préjudice du privilège exclusif attribué par la loi aux propriétaires dépossédés, et son acte est un acte qui ne revêt aucun des caractères administratifs qui seuls pourraient en enlever la connaissance aux tribunaux civils.

Telles sont les attributions des tribunaux civils, en matière d'expropriation. Tel est le développement du principe posé par l'art. 1^{er} de la loi, *l'expropriation s'opère par autorité de justice*. Cependant, ce principe si absolu reçoit quelques exceptions en vertu de lois spéciales. Nous avons déjà dit que la législation sur les mines, les alignemens et les dessèchemens de marais, n'avait pas été formellement abrogée par les lois postérieures, que par conséquent il fallait appliquer de cette législation, tout ce qui n'était pas formellement opposé aux règles admises par les lois nouvelles. C'est ici le lieu d'appliquer ce principe. Ainsi, d'après la loi du 16 septembre 1807, lorsque le dessèchement d'un marais ne peut pas être opéré par les moyens ordinaires, l'autorité administrative est investie du droit de prononcer l'expropriation. — Ainsi encore, en matière d'alignemens, l'autorité administrative peut prononcer l'expropriation, soit lorsque le propriétaire est forcé de reculer et de céder une portion de son terrain à la voie publique, soit lorsqu'il est contraint d'avancer et qu'il refuse d'acquérir le terrain nécessaire à l'avancement, auquel cas il peut être dépossédé de toute sa propriété. — En ce qui concerne les mines, en vertu de la loi du 21 avril 1810,

lorsque la concession n'est pas faite au propriétaire du tréfonds, il s'opère une expropriation qui se trouve ainsi prononcée par l'autorité administrative. -- Enfin, en matière de chemins vicinaux, lorsque le préfet a pris l'arrêté portant reconnaissance ou déclaration d'un chemin vicinal, le propriétaire se trouve exproprié par suite de l'arrêté, et il n'a plus que l'indemnité à réclamer devant l'autorité compétente.

SECT. V.

Du pouvoir appelé à régler l'indemnité, et des objets à l'égard desquels il doit être appelé à la régler.

Lorsque le jugement d'expropriation a été rendu, le droit de l'administration s'arrête provisoirement, et un autre devoir commence pour elle. Elle doit payer l'indemnité avant de déposséder les propriétaires. Si elle ne peut traiter amiablement avec eux, elle doit la faire fixer. Cette fixation est faite par un tribunal spécial, par une magistrature temporaire, créée pour donner plus de garantie aux légitimes droits de propriété. Examinons la composition de ce tribunal, voyons le mode d'après lequel il doit opérer, et déterminons les *objets* à l'égard desquels il doit fixer l'indemnité.

Le jury d'expropriation se compose de la manière suivante : seize citoyens sont choisis par la première chambre de la cour royale ou du tribunal, suivant les lieux, sur une liste spéciale formée à cet effet par le conseil général de département. Ils sont convoqués huit jours d'avance par le préfet ou le sous-préfet, et se réunissent sous la présidence du magistrat directeur désigné par le tribunal. Au jour de la convocation, l'administration forme deux récusations, si elle le juge convenable : la partie adverse jouit du même droit. Si le droit de récusation n'est pas exercé, le magistrat-directeur retranche les quatre jurés inscrits les derniers sur la liste, de sorte que le jury se trouve définitivement réduit à douze membres. La délibération peut pourtant être prise au nombre de neuf membres. Lorsque le jury est constitué, chaque juré prête serment de remplir ses fonctions avec impartialité, après quoi le magistrat-directeur place sous leurs yeux le tableau des offres et demandes réciproquement notifiées par les parties, ainsi que les plans et tous les documens à l'appui des offres et des demandes. Le jury entend les observations des parties et se transporte sur les lieux, s'il le juge convenable. Lorsque l'instruction est terminée, le magistrat-directeur en prononce la clôture ; le jury se retire pour délibérer, sous la présidence de l'un de ses

membres désigné à l'instant, et fixe l'indemnité à la majorité des voix ; en cas de partage, la voix du président est prépondérante.

Le jury peut prendre en considération pour évaluation de l'indemnité, l'augmentation de valeur que les propriétés vont acquérir immédiatement par suite de l'exécution des travaux. Il est juge de la sincérité des titres et de l'effet des actes qui sont produits, ainsi que de toutes les circonstances qui sont de nature à modifier l'évaluation de l'indemnité. Du reste, il prononce des indemnités distinctes en faveur des parties qui les réclament à des titres différents, comme propriétaires, fermiers, locataires et autres intéressés, les usufruitiers exceptés. Les indemnités ne peuvent être ni inférieures aux offres de l'administration, ni supérieures aux demandes des parties intéressées. (Art. 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 48, 51, 52.)

La décision du jury est rendue exécutoire par le magistrat directeur. Cette décision et cette ordonnance ne peuvent être attaquées que par la voie du recours en cassation, et pour les causes indiquées dans l'art. 42.

Telles sont les règles générales relatives aux opérations du jury. Nous ne devons pas nous étendre sur cette partie purement réglementaire de notre division. Nous arrivons à la question sérieuse qui se soulève au sujet des attributions du jury d'expropriation. Quels sont les *objets* à l'égard desquels il est appelé à fixer l'indemnité ?

A cet égard, une scission vraiment déplorable se manifeste dans les décisions de la cour de Cassation et du Conseil d'Etat. La loi du 28 Pluviôse an 8, attribue juridiction aux conseils de préfecture « pour les demandes concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la construction des chemins, canaux et autres ouvrages, ainsi que pour les *torts et dommages* causés à leurs propriétés, à raison des travaux publics. » — La cour de cassation a vu dans ce texte de loi une base certaine pour décider que le conseil de préfecture n'était compétent que pour connaître des *dommages temporaires* causés par les travaux publics ; et que, quant aux *dommages permanents*, c'est-à-dire à ceux qui avaient pour résultat de diminuer d'une manière permanente la *capacité active* du propriétaire sur son fonds, le jury seul était compétent pour fixer l'indemnité. — Le Conseil d'Etat rejette généralement cette distinction, et décide que toutes les fois qu'il y a pas expropriation proprement dite, c'est-à-dire *appréhension réelle de la propriété*, le fait qui préjudicie à cette propriété, même d'une manière permanente, ne doit être considérée que comme un *dommage*, et reste par conséquent dans la compétence des conseils de préfecture.

Quant à nous, nous trouvons la distinction si évidemment rationnelle, qu'en vérité nous éprouvons de l'embarras pour en démontrer l'exactitude, convaincu que nous sommes que cette exactitude se démontre d'elle-même. Aussi, nous contenterons-nous d'appuyer notre sentiment des divers exemples auxquels nous l'appliquons.

Ainsi, le conseil de préfecture est compétent pour fixer l'indemnité réclamée par un propriétaire, pour l'occupation temporaire de sa propriété, pour les dégradations commises sur son fonds par suite de l'exécution des travaux, pour l'extraction de quelques matériaux et autres cas semblables. Dans toutes ces positions, la qualité du propriétaire en soi n'est nullement affectée. Il y a un *simple dommage momentané*.

Au contraire, le jury est compétent pour fixer l'indemnité, parce que dans tous ces cas, il y a *dommage permanent*, c'est-à-dire *véritable expropriation*:

1° Lorsque, par suite de travaux publics, un propriétaire est privé d'un droit d'irrigation ou de prise d'eau dont il avait la jouissance;

2° Lorsque, par la confection d'un chemin de fer, un droit de passage lui est enlevé, ou bien lorsque la suppression d'une route ou d'une rue le prive d'un droit de vue et de passage;

3° Lorsque, par suite de la déclaration de navigabilité, il est privé du droit de pêche dont il jouissait sur une rivière non navigable;

4° Lorsque des travaux mettent à nu les fondemens de sa maison et l'obligent à la reconstruire, parce qu'elle menace ruine;

5° Lorsque, par un exhaussement de terrain, sa maison se trouve obstruée, à tel point qu'il est obligé de faire de nouvelles constructions;

6° Lorsque, par suite de la construction d'un tunnel qui vient traverser une mine, on trouble l'exploitation de cette mine;

7° Lorsque, par suite d'un pavage en chaussée, les eaux d'un ruisseau sont rejetées sur une maison et produisent des infiltrations qui ruinent les fondemens et ébranlent les constructions;

8° Lorsque, par suite de travaux exécutés sur une rivière, une propriété se trouve constamment inondée;

9° Lorsqu'on supprime totalement ou qu'on diminue d'une manière partielle mais perpétuelle la force motrice d'une usine, même d'une manière discontinue;

10° Lorsque, par suite de l'établissement d'une place de guerre, une propriété se trouve à jamais frappée de la servitude *non ædificandi vel non reædificandi*;

11° Lorsque, par suite de l'établissement d'un cimetière, un propriétaire est frappé de la même servitude;

12° Lorsqu'on est obligé d'abandonner une partie de sa propriété pour un chemin de halage;

13° Lorsqu'on établit un passage ou une conduite d'eau sur une propriété;

14° Lorsqu'on empêche perpétuellement le libre écoulement des eaux qui viennent d'une propriété.

Dans tous ces cas, le *droit absolu de jouir et de disposer de la propriété*, est évidemment restreint d'une manière permanente. Il y a donc expropriation. Qu'importe que toutes les formalités préalables de l'expropriation n'aient pas été remplies ? Il serait fort étrange que, pour avoir privé un propriétaire d'une partie des garanties que la loi lui accordait, on eût le droit de les lui faire perdre toutes.

Donc le jury est appelé à fixer l'indemnité non-seulement lorsqu'il y a *expropriation* proprement dite, mais encore lorsqu'il y a un *dommage permanent* produisant tous les effets de l'expropriation.

Le jury est compétent pour fixer l'indemnité, en matière d'alignemens et de desséchemens de marais. Mais en matière de concession de mines et par exception, l'autorité administrative qui fait la concession, est aussi chargée de régler l'indemnité, aux termes de l'art. 42 de la loi de 1810. C'est un *déclassement*. L'autorité administrative peut aussi être saisie du règlement de l'indemnité, lorsque l'expropriation a été déclarée par des décrets antérieurs à la loi du 8 mars 1810. C'est ce qui résulte formellement de l'art. 1^{er} du décret du 18 août 1810.

En matière de chemins vicinaux, si les propriétaires ont des indemnités à prétendre, par suite de l'arrêté qui porte reconnaissance et fixation de la largeur, l'indemnité est réglée ou à l'amiable ou par le juge de paix, sur le rapport d'experts. — S'il s'agit de travaux d'ouverture ou de redressements, l'indemnité est fixée par le jury. Mais le jury, dans ce cas, ne se compose que de quatre membres, et le magistrat directeur est ordinairement le juge de paix de la commune.

Quant aux droits mobiliers que des lois spéciales enlèvent aux particuliers au profit de l'état, lorsqu'il y a lieu à une indemnité, elle doit être fixée, en l'absence de toute disposition précise à cet égard, par le ministre compétent, qui est le tribunal ordinaire administratif.

Telles sont les règles générales, en matière d'expropriation. Disons un mot des règles exceptionnelles.

SECT. VI.

Des règles exceptionnelles de l'expropriation dans certains cas.

En règle générale, l'indemnité précède la dépossession. Quelquefois pourtant la dépossession précède toute fixation d'indemnité.

Ainsi, si le propriétaire consent à être dépossédé avant qu'on ait évalué son terrain, l'indemnité ne sera fixée qu'ultérieurement; mais elle le sera par le jury.

Lorsque, par suite d'un alignement ou de l'élargissement d'un chemin vicinal, il est obligé d'abandonner aussitôt son terrain à la voie publique, son droit se résout en une indemnité qui est fixée ultérieurement par l'autorité compétente.

Enfin, lorsque par suite d'un cas de force majeure, de guerre, d'inondation, d'incendie, la dépossession de la propriété privée devient immédiatement nécessaire, le propriétaire est obligé de la subir; mais il pourra faire valoir postérieurement ses droits devant le jury. Et s'il s'élève des difficultés sur les causes de la dépossession, sur les caractères du sinistre, le tribunal civil pourra seul les juger. Dans tous ces cas, les formalités ordinaires de l'expropriation ne sont pas accomplies.

Il peut y avoir d'autres cas d'urgence, dans lesquels l'accomplissement de toutes les formalités de l'expropriation deviendrait impossible et serait même funeste. Alors la loi permet de procéder d'une manière plus simple. Mais ses dispositions exceptionnelles ne s'appliquent qu'aux terrains non bâtis.

L'urgence doit être déclarée par ordonnance royale. En ce cas, après le jugement d'expropriation, l'ordonnance et le jugement sont notifiés aux propriétaires et aux détenteurs, avec assignation devant le tribunal civil, à trois jours au moins, contenant les offres de l'administration. Au jour fixé, les propriétaires et détenteurs déclarent la somme dont ils demandent la consignation avant l'envoi en possession. Le tribunal fixe cette somme, ou *de plano*, ou après avoir pris les renseignemens qu'il juge convenables, et dressé, s'il y a lieu, un procès-verbal descriptif des lieux. Mais dans ce cas, l'opération ordonnée doit être terminée dans les cinq jours. Trois jours après la remise du procès-verbal au greffe, le tribunal fixe la somme à consigner. Cette somme comprend, outre le principal, la somme nécessaire pour assurer, pendant deux ans, le paiement des intérêts à cinq pour cent. Lorsque la consignation est opérée, sur le vu du procès-verbal, et sur une nouvelle assignation à deux jours, le pré-

sident ordonne la prise de possession. Le jugement et l'ordonnance sont exécutoires sur minute, et nonobstant opposition ou appel. Lorsque la prise de possession a été opérée, la partie la plus diligente fait procéder au règlement définitif de l'indemnité par le jury. Si cette fixation est supérieure à la somme déterminée par le tribunal, le supplément doit être consigné dans la quinzaine de la notification de la décision du jury, et à défaut, le propriétaire peut s'opposer à la continuation des travaux. (Art. 65 à 74. — Loi de 1841).

Enfin, pour les travaux militaires ou pour ceux de la marine royale, c'est une ordonnance royale qui détermine les terrains soumis à l'expropriation. En cas d'urgence, l'expropriation et l'occupation temporaire des propriétés privées ont lieu dans les termes prescrits par la loi du 30 mars 1831. Mais l'indemnité est fixée par le jury.

Nous avons ainsi terminé tout ce que nous avons à dire sur le système général de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ce que nous en avons dit suffit pour montrer comment le législateur a su concilier le principe de l'inviolabilité de la propriété avec les nécessités de l'intérêt public.

La loi de 1841 nous semble avoir consacré un système assez complet et assez simple, pour répondre aux besoins créés par le développement qu'ont pris de nos jours les travaux publics, et à ceux qui pourraient naître du redoublement d'activité qui se manifeste autour de nous.

Vu par le président de la thèse,

LAURENS, *doyen.*