

Ripert d'Alauzier, Jules de. Faculté de droit de Paris. Du gage et de l'hypothèque en droit romain. De l'hypothèque légale de la femme mariée en droit français. Thèse pour le doctorat... par Jules de Ripert d'Alauzier.... 1871.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

INVENTAIRE

F 43519

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 22 août 1871, à 8 heures et demie

PAR

JULES DE RIPERT D'ALAUZIER

PARIS

TYPOGRAPHIE LAHURE

9, RUE DE FLEURUS, 9

1871

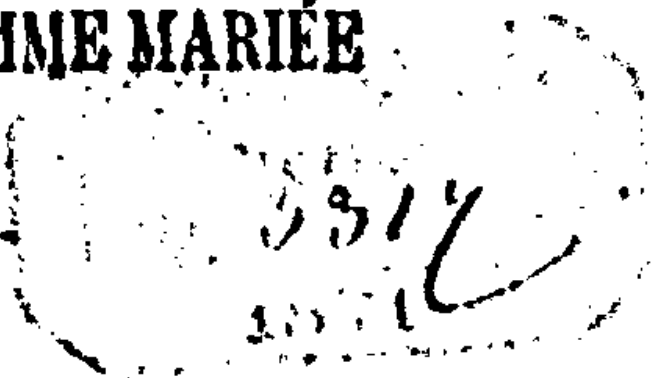
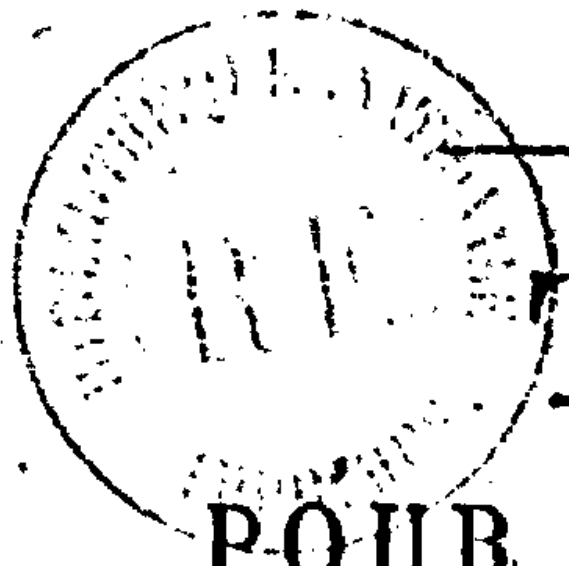
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE

EN DROIT ROMAIN

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS



THÈSE
POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le 22 août 1871, à 8 heures et demie.

PAR

JULES DE RIPERT D'ALAUZIER

AVOCAT

Président : M. BUFNOIR, professeur

Suffragants : { MM. VALETTE,
COLMET DE SANTERRE, } *Professeurs.*
GIDE,
ACCARIAS, } *Agrégé.*

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

TYPOGRAPHIE LAHURE, RUE DE FLEURUS, 9

—
1871

4351

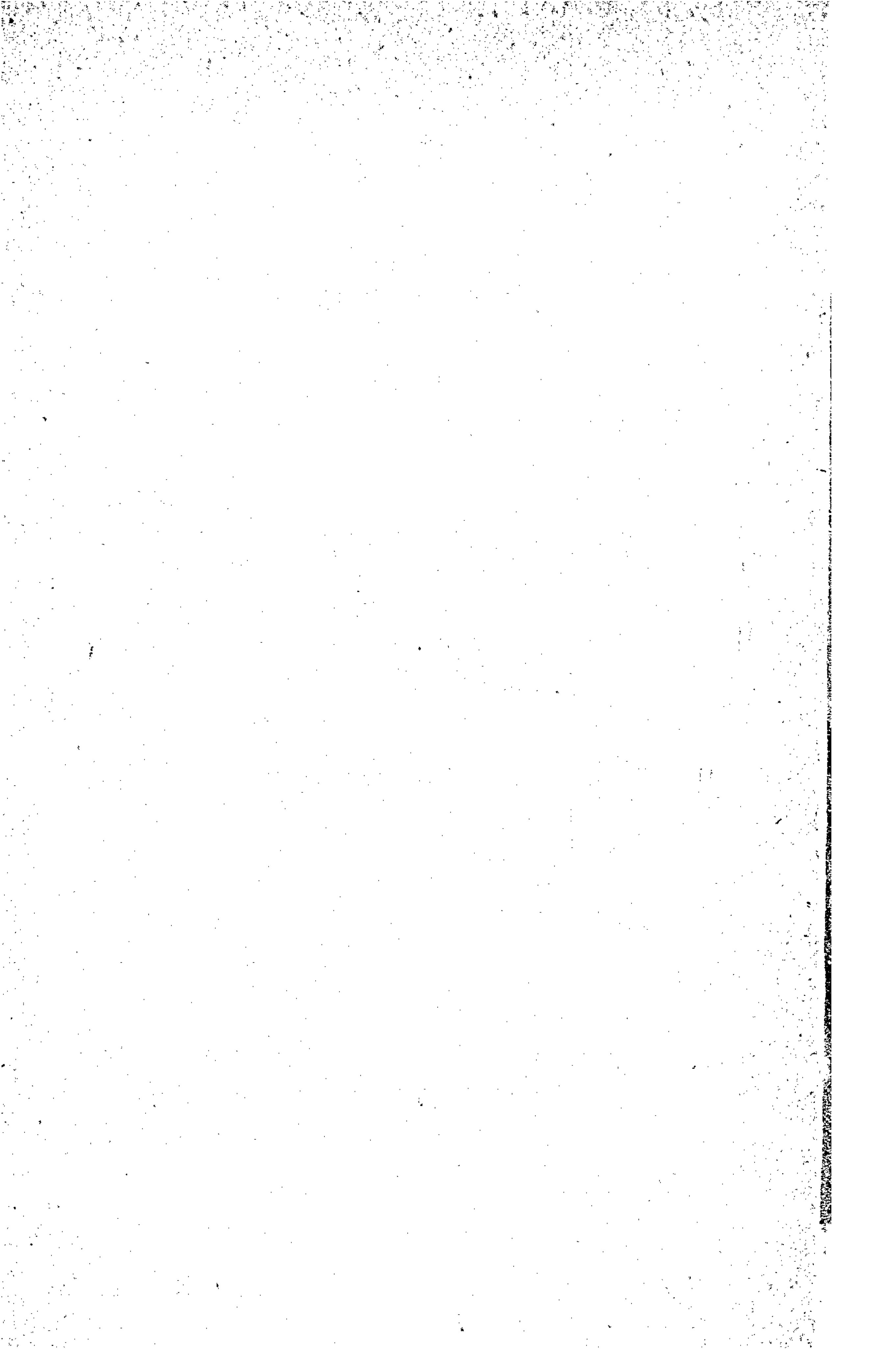
②

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON FRÈRE

ANCIEN MAGISTRAT, RELIGIEUX DOMINICAIN



DROIT ROMAIN.

• DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

Nous nous proposons d'étudier ici les différents modes de sûretés réelles qui furent en usage à Rome depuis son origine jusqu'au Bas-Empire.

Nous dirons d'abord quelques mots de la fiducie, nous verrons ensuite le gage et l'hypothèque. Nous suivrons donc l'ordre historique. Il est conforme à la logique et il a l'avantage de nous faire assister aux développements et aux progrès successifs du droit romain en notre matière.

CHAPITRE PREMIER.

CONTRAT DE LA FIDUCIE.

Dans les premiers siècles de Rome, le débiteur qui voulait donner une chose en garantie de sa dette, en transférait la propriété quiritaire au créancier, sous la condition (*fiducia*) de rétrocession si la dette était payée à l'échéance. L'action *fiduciæ directa* était accordée au débiteur pour contraindre le créancier à lui remanciper l'objet donné et à lui tenir compte de tous les gains faits à l'occasion de cet objet. Le créancier avait l'action *fiduciæ contraria* pour la répétition des pertes et dépenses faites à l'occasion du même objet.

Cet arrangement était imparfait et grossier ; les deux actions dont nous venons de parler étaient ~~personnelles~~ personnelles, aussi le débiteur n'était-il nullement assuré de recouvrer sa chose après l'acquittement de la dette. Si le créancier se refusait à restituer le gage, le débiteur devait se contenter d'une indemnité pécuniaire, souvent réduite à un simple

dividende par l'insolvabilité de ce même créancier.

Pour remédier à cet inconvénient, on avait admis en faveur du débiteur une *usucapio lucrativa*, c'est-à-dire le droit de recouvrer la propriété de la chose remise en garantie, par une possession annale, fût-elle sans juste titre ni bonne foi. C'est ce qu'on nommait *usureceptio*. L'*usureceptio* ne pouvait s'accomplir avant l'acquittement de la dette si le débiteur *rem a creditore conduxerat aut precario rogaverat*.

La fiducie demeura longtemps en usage, puisque Gaius qui vivait au temps de Marc Aurèle, nous en a conservé les règles. Mais depuis déjà longtemps on avait admis un contrat moins compliqué et bien préférable, je veux parler du contrat de gage.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE GAGE.

Le mot *pignus* (gage) a plusieurs sens à Rome; d'abord il signifie l'objet lui-même remis en gage, *res obligata*, il désigne encore le droit du créancier sur cet objet et enfin on l'emploie fréquemment pour exprimer la convention elle-même d'où dérive le droit de gage. Même pris dans cette dernière acception, le mot *pignus* est loin d'avoir un sens invariable. Tantôt il désigne un pacte d'hypothèque, tantôt il s'applique au contrat civil de gage. C'est ce dernier sens exclusivement que nous lui donnerons dans ce chapitre.

§ I

DE LA NATURE ET DES EFFETS DU CONTRAT DE GAGE.

Le *pignus* est un contrat par lequel une personne remet une chose mobilière ou immobilière

à un créancier pour garantie de sa créance, à charge par lui de la conserver et de la rendre après satisfaction. C'est un contrat de droit civil, *bonæ fidei*, qui se forme *re* et qui par conséquent exige comme élément essentiel, la tradition. Aussi Gaius nous dit-il : « *Appellatum est a pugno, quia quæ res pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri protest verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis esse.* » Nous voyons en même temps par ce passage que le *contractus pignoratitius* ne portait à l'origine que sur les objets mobiliers ; il fut dans la suite étendu aux immeubles.

C'est un contrat accessoire établi pour la sûreté d'une obligation principale. Cette obligation doit être licite mais peut être civile, prétorienne ou naturelle¹. *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit*². Le gage peut être constitué par le débiteur ou par un étranger : *Dare autem pignus quis potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena*³. Ses effets sont les mêmes dans les deux cas, il engendre un droit de rétention au profit du créancier sur la chose reçue ou gage. Ce droit était sanctionné vis-à-vis des tiers par les interdits que le gagiste pouvait invoquer s'il était violemment expulsé ou s'il était troublé dans sa possession. Est-ce à dire que le créancier avait la

1. Fl. 15, § 1. D. 20, 1.

2. Fl. 3, § 2. D. 20, 1.

possession civile du gage? Nullement; il possédait pour le constituant qui pouvait invoquer la possession du gagiste pour compléter une usucapion commencée à son profit. On dit communément que le gagiste avait la possession *ad interdicta*, le constituant la possession *ad usucapionem*. Par rapport à ce dernier, le créancier était ce que nous appellerions aujourd'hui, un détenteur précaire, qui ne pouvait jamais prescrire la propriété du gage, et ceci nous permet d'apprécier l'immense progrès que la substitution du contrat de *pignus* à la fiducie avait réalisé dans les institutions romaines.

Outre le droit de rétention, le créancier avait encore, au moins à l'époque classique, le droit de vendre le gage. Des fragments d'anciens juriconsultes que le Digeste nous a conservés prouvent qu'il n'en avait pas toujours été ainsi et que, dans l'origine, ce droit devait être expressément stipulé au profit du créancier. Plus tard, il fut sous-entendu comme le prouve le passage « *Si hanc legem, ne pignus distraheretur, debitor in contrahendo pignore non dixit, postea citra voluntatem creditoris illam dicere non potest.* » Ce texte prouve en même temps que la défense de vendre concomitante au contrat aurait eu tout son effet; il est confirmé par d'autres fragments : « *Etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat* » quo casu « certum est

*nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*¹. »

Plus tard encore le droit de vente devient de l'essence du gage et le seul effet de la défense formelle de vente était d'obliger le créancier à faire précéder la vente de trois *denunciationes* adressées au débiteur. De plus deux ans d'intervalle devaient séparer les *denunciationes* de la vente, suivant une constitution de Justinien. Ces trois *denunciationes* ne sont point une innovation; elles étaient exigées dans le très-ancien droit pour la vente du *pignus*. Si les parties avaient réglé les conditions de la vente, on suivait leur convention à ce sujet; si elles n'avaient rien statué, le créancier était libre de vendre comme il le voulait, sauf à rendre compte au constituant.

S'il ne se présentait pas d'acheteur, le créancier pouvait demander à l'empereur de lui conférer la propriété du gage moyennant un prix fixé par le juge.

C'est le *jus dominii impetrandi* dont s'occupent les Constitutions de Justinien. Qu'il nous suffise de dire que le créancier devait attendre longtemps avant de pouvoir l'invoquer, que le débiteur obtenait toujours un délai pour s'acquitter et qu'il pouvait reprendre le gage dans les deux années de la décision du prince, à la condition de payer la dette.

Ces entraves mises à l'attribution du gage au

1. V. Poth., 20, 8, art. 1.

créancier, avaient vulgarisé l'usage du *pacte commissoire*. On appelait ainsi une convention concomitante au contrat de gage, par laquelle le prêteur stipulait qu'il deviendrait propriétaire de l'objet engagé en cas de non-paiement à l'échéance. Le pacte commissoire, qui avait donné lieu à bien des abus, fut supprimé par Constantin. Il était également interdit au créancier non payé de se rendre adjudicataire du gage, mais il pouvait parfaitement en acquérir la propriété si le débiteur consentait à la lui rendre.

Après avoir étudié la nature et les effets du contrat du *pignus*, nous avons à voir maintenant les actions qui en découlent. Il y en a deux, l'action *pigneratitia directa* et l'action *pigneratitia contraria*.

§ II.

ACTION PIGNERATITIA DIRECTA.

Cette action est donnée au constituant contre le créancier pour lui faire rendre compte de ses actes de gestion vis-à-vis de l'objet engagé; elle fait rentrer le débiteur en possession du gage qui n'a pas été aliéné par le gagiste.

C'est une action personnelle qui ne peut appartenir qu'à celui qui a fait le contrat de *pignus* et à ses héritiers, et seulement contre le gagiste et ses héritiers. Par exemple, si Titius a, sur mon

ordre, payé ma dette et retiré le gage que j'avais donné, j'aurai bien contre lui pour me faire restituer le gage, l'action de mandat, mais je ne pourrai le poursuivre par l'action *pigneratitia*. Inversement, si mon mandataire a remis une chose en gage, c'est à lui qu'appartient l'action *pigneratitia*. Mais ce que nous venons de dire ne fait pas échec au principe qu'on peut acquérir la possession d'une chose par une personne libre; aussi pouvons-nous prendre possession par mandataire d'une chose qui nous est donnée en gage.

L'existence d'une obligation principale est-elle indispensable pour faire naître l'action *pigneratitia* au profit du constituant? Nullement; en effet, Ulpien nous dit : *Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accipero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor*. Ce qui s'explique très-bien par cet autre passage : *Creditor qui pignus accepit re obligatur qui et ipse de ea re restituenda tenetur*. Le *pignus* étant un contrat qui se forme *re*, le fait seul de la tradition suffit pour faire naître au profit du *tradens* une obligation de restituer que l'action *pigneratitia* vient sanctionner.

Quand le débiteur peut-il intenter l'action *pigneratitia*? Dans plusieurs cas. Le premier et le plus fréquent est celui où la dette a été entièrement payée, et nous devons entendre ici le mot *payement* dans un sens très-large. *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum*, la compensation, le payement fait à un *adjectus solu-*

tionis gratia et celui qui profite indirectement au créancier, peuvent être invoqués par le débiteur. *Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori ejus vel servo pecuniis exigendis præposito. Inde si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri*¹.

Fréquemment la dette se trouve éteinte et l'action *pignoratitia* peut être utilement intentée, sans qu'aucun paiement réel soit intervenu, mais parce que le créancier en a touché l'équivalent par la perception périodique des fruits de la chose engagée. Le contrat de gage ne confère pas par lui-même au gagiste le droit de recueillir les fruits, et les textes décident que s'il les perçoit sans l'autorisation du propriétaire, il commet un *furtum usus*. Mais cette autorisation était fréquemment donnée dans le contrat même et plus souvent sous-entendue; dès lors : *ex fructibus quos ex re pignolata creditor percepit, debitum exsolutum videri potest*, dit Pothier; *nam*, ajoute-t-il avec l'empereur Antonin, *ex pignore percepti fructus imputantur in debitum : qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus*.

Inutile de multiplier les exemples qui nous

1. Fl. 11, § 8. D. 13, 7.

montreraient le même principe appliqué aux *operæ servorum* et aux loyers d'une maison, car le gagiste s'il pouvait percevoir directement les fruits pouvait aussi donner à bail.

Si la dette était productive d'intérêts, les fruits s'imputaient sur les intérêts avant de s'imputer sur le capital. Du reste le contrat de gage était souvent accompagné d'une convention d'anti-chrèse (*αντιχρεια*), sorte de forfait qui autorisait le créancier à percevoir et à conserver les fruits de la chose engagée en compensation des intérêts. Une interprétation favorable avait même admis au profit de celui qui *gratuita pecunia utatur* le droit de retenir les fruits du gage jusqu'à concurrence des intérêts légaux. Le contrat d'anti-chrèse n'était jamais réputé usuraire *propter incertum fructuum proventum*.

Ce n'est pas seulement la perception des fruits qui pouvait éteindre la dette, mais encore tout gain survenu à l'occasion du gage. Cela nous explique comment un voleur donnant en gage le fruit de son délit pouvait, sans bourse délier, être libéré de sa dette. En effet, si le voleur eût conservé l'objet volé, étant possesseur de mauvaise foi, il n'aurait pu faire les fruits siens, mais il en était différemment du gagiste; sa bonne foi lui permettait d'acquérir les fruits et ces fruits tournaient à la libération du débiteur, en vertu du principe que tout gain fait à l'occasion du gage doit servir à l'extinction de la dette.

Le même principe est appliqué en cas de vol commis sur un objet donné en gage. Le créancier gagiste étant intéressé à ce que la chose demeure en sa possession peut intenter l'action *furti*, il peut également intenter l'action *vi bonorum raptorum* et l'action *quod metus causa* si le fait délictueux commis sur le gage a donné naissance à ces actions. Il a même la *condictio furtiva*, puisqu'il se commet à son égard un *furtum possessionis*. Mais il ne doit point profiter de ces actions; il doit donc imputer ce qu'il obtiendra sur ce qui lui est dû, c'est le débiteur qui profitera.

Toutefois, si un *furtum usus* avait été commis par le débiteur lui-même sur la chose engagée, comme le voleur ne doit jamais demeurer impuni, l'action *furti* profiterait au créancier. *Id quod pænæ nomine a debitore exactum est lucro debet cedere creditori*¹. Il en serait de même pour identité de motifs, du montant des condamnations prononcées sur l'action *quod metus causa* dirigée contre le débiteur; mais un doute s'est élevé à l'occasion de la *condictio furtiva* intentée dans les mêmes conditions, et je crois qu'en effet la solution opposée doit prévaloir. C'est qu'à la différence de l'action *furti* qui est pénale, la *condictio furtiva* est *rei persecutoria*, et qu'il serait injuste d'autoriser le créancier à réclamer sa créance après en avoir obtenu le montant par la

1. Fl. 74. D. 46, 3.

condictio furtiva. Et en effet remarquons ici, ce qui vient corroborer notre raisonnement, que si l'*actio furti* et la *condictio furtiva* dirigées par le créancier contre des tiers aboutissent à une condamnation basée sur la valeur du gage, il en est tout différemment quand elles sont dirigées contre le débiteur; elles amènent une condamnation basée sur le *quantum interest*, et le *quantum interest* est précisément ici la valeur de la créance, en sorte qu'il est parfaitement exact de dire qu'en autorisant le créancier à cumuler l'action de la créance et la *condictio furtiva* on l'autoriserait à réclamer deux fois la même chose. On nous objecte sans doute, que ce cumul existe lorsqu'il s'agit de l'action *quod metus causa* qui est et pénale et *rei persecutoria*; mais à cela on peut répondre d'abord que la *condictio furtiva* est uniquement *rei persecutoria*, ensuite que la loi 22 D. 13.7 qui s'occupe de l'*actio furti*, de l'*actio quod metus causa* et de *condictio furtiva*, dit bien que le créancier peut garder ce qu'il aura obtenu par l'exercice des deux premières actions, mais il est muet sur la troisième. Ce silence du texte nous fournit un argument *a contrario* d'autant plus concluant, que notre décision est conforme aux vrais principes appliqués dans la loi 51, § 1 D. 42. 1 à une espèce presque identique à la nôtre.

On peut intenter la *pigneratitia* avant le paiement, mais à la condition d'offrir en même temps la somme ou l'objet dû.

On pouvait encore l'intenter si le créancier avait renoncé au gage. Cette renonciation pouvait être gratuite ou à prix d'argent, expresse ou tacite. On interprétait souvent l'acceptation de nouveaux gages dans le sens d'une renonciation tacite; elle pouvait encore résulter de l'engagement d'un fidéjusseur ou d'un expromisneur.

Le gage pouvait encore être réclamé sans qu'aucun paiement fût intervenu *quum per creditorem stetit quominus solveretur*. De même *si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, illico pignus ancillæ solvitur*.

Jusqu'ici nous avons supposé que l'action *pigneratitia* avait uniquement pour but la restitution du gage. Le débiteur peut aussi l'invoquer pour exiger du gagiste l'excédant des sommes qu'il a perçues à l'occasion du gage sur la dette que ce gage devait garantir; en un mot, quand elle est intentée, une sorte de compte est ouvert, et si la balance du compte est en faveur du débiteur, il peut réclamer par la *pigneratitia* les sommes dont il est devenu créancier. Cette action sert donc à demander au créancier raison de sa gestion, et nous devons examiner à ce sujet quelle est la responsabilité du gagiste vis-à-vis du débiteur. Ulpien nous dit : *Venit in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia; vis major non venit*. Ainsi le gagiste n'est pas responsable des accidents résultant d'un cas fortuit ou de force majeure; mais il est certaine-

ment responsable de son dol et de la faute lourde qui est assimilée au dol. Le jurisconsulte, pour préciser le genre de *culpa* dont le gagiste est responsable, nous dit *ut in commodato*. Le terme de comparaison est mal choisi, puisque la responsabilité du commodataire n'est pas invariable, mais subordonnée au but que voulait atteindre le commodant. Aussi Ulpien ajoute-t-il : *Venit et custodia*. *Custodia* est encore un mot dont le sens est un peu vague, et, sans chercher à l'approfondir, je dirai que le contrat de gage intervenant dans l'intérêt du débiteur et du créancier, celui-ci devra apporter à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille; sa diligence sera appréciée *in abstracto*. *Ea igitur quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet, a creditore exiguntur*¹. Aussi le créancier qui remet le gage au constituant après l'extinction de la dette, n'est-il point complètement libéré, mais *de dolo debet debitori repromittere; et si prædium fuit pignorum et de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissæ sint*.

Si le créancier gagiste, non payé à l'échéance, a vendu le gage, il répond par l'action *pignoratitia* des fautes qu'il a pu commettre dans la vente, et, dans tous les cas, il doit restituer au débiteur l'excédant du prix de vente sur la créance.

1. Fl. 14. D. 13, 7.

Doit-il restituer également les intérêts de cet excédant? Voici les distinctions que fait Pomponius : *Si creditor pluris fundum pignus vendiderit; si id sceneret, usuram ejus pecuniæ præstare debet ei qui dederit pignus. Sed et si usus sit ea pecunia, usuram præstari oportet. Quod si eam depositam habuerit, usuras non debet*¹, et Paul ajoute : *Si autem tardius superfluum restituat creditor quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine præstare cogendus est*².

La décision de Paul ne doit pas nous étonner, car nous savons que, dans tous les contrats de bonne foi, les intérêts sont dus *ex mora*.

Les textes précités nous montrent que le créancier est tenu de compenser avec la dette ou de restituer au débiteur tout l'émolument qu'il a retiré de la vente. C'est à ce principe qu'il faut rattacher l'obligation dans laquelle il se trouve de céder au débiteur qui le rembourse tous les droits et actions qu'il s'était réservés en vendant le gage. Par exemple, le droit de reprendre la chose s'il opérait le recouvrement de sa créance. La *pignoratitia* permettait au débiteur d'exiger du gagiste cette cession d'actions. Le débiteur pouvait même, d'après Ulpien, revendiquer le gage de son chef ou intenter contre l'acheteur une action *in factum*.

1. Fr. l. 6, § fin. D. 13, 7.

2. Fr. l. 7, *ibid.*

Si l'acquéreur du gage est encore débiteur du prix, le constituant ne peut exiger du gagiste que la cession des actions du paiement, non le prix lui-même. Cette cession s'opère *periculo mandantis*, ce qui signifie sans doute que le gagiste demeure responsable s'il a vendu à un homme notoirement insolvable, ou si, par négligence à réclamer le prix de vente, il avait laissé l'insolvabilité survenir avant d'être payé.

Si le débiteur peut exiger cette cession d'actions, le créancier ne saurait inversement contraindre le constituant à l'accepter, *quum in venditione quæ fit ex pacto* (exprès ou tacite) *suum negotium gerat creditor*¹. Remarquons que cette cession est indifférente au point de vue du degré de responsabilité du gagiste.

§ III

ACTION PIGNERATITIA CONTRARIA.

La tradition du gage dans le contrat de *pignus* fait naître *ipso facto*, avons-nous dit, l'obligation de restituer et fait comprendre la nécessité de l'action *pigneratitia directa*; au contraire, l'utilité de la *pigneratitia contraria* donnée au créancier contre le débiteur, frappe plus difficilement l'es-

1. Fl. 42, *ibid.*

prît. Il en est ainsi dans tous les contrats imparfaitement synallagmatiques où l'action directe a toujours plus d'importance que l'action contraire. Celle-ci, toutefois, sera souvent bien nécessaire au gagiste auquel elle est donnée pour obtenir toutes les créances éventuelles que la détention du gage fait naître à son profit contre le constituant. Le gagiste jouit pour toutes ces créances d'un droit de rétention sur l'objet engagé, mais ce droit est insuffisant si la créance excède la valeur du gage, illusoire si le gage a péri. D'ailleurs, le droit de rétention ne permet pas au créancier, comme la *pignoratitia contraria*, de rentrer immédiatement dans ses déboursés.

Voici les principaux cas d'exercice de cette dernière. Elle peut être invoquée par le gagiste pour recouvrer l'intégralité des dépenses nécessaires, elle peut aussi être invoquée pour les dépenses utiles; mais ici le rôle du juge ne se bornait pas à constater le quantum des dépenses et à condamner le constituant. Il devait apprécier la plus value et la condamnation qui pouvait égaler les dépenses, ne devait jamais dépasser la plus value, et même si les frais d'amélioration étaient exagérés relativement à la fortune du débiteur, les pouvoirs de l'arbitre étaient plus étendus: *hodie igitur hæc a iudice erunt dispicienda*, dit la loi 25 D. 13.7., *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*. Quant aux dépenses voluptuaires, le créancier n'a qu'un

jus tollendi, si l'enlèvement peut s'opérer sans endommager la chose.

L'action *pigneratitia contraria* permet au créancier de demander au débiteur réparation de tous les dommages qu'il lui a causés par son dol ou par sa faute. Par exemple, que dans un contrat à gage un débiteur *quum æs pignori daret, affirmavit hoc aurum esse, tenebitur pigneratitia contraria actione*¹, et encore, *si dato auro æs subjecisset, puto pigneratitium judicium locum habere*. Dans ce dernier cas, outre l'action *pigneratitia*², le créancier aura encore l'action *furti*, car il a été vraiment commis un *furtum possessionis* à son préjudice. Paul nous dit avec beaucoup de raison qu'en pareil cas le débiteur accessoire, le fidéjusseur ne sera tenu d'aucune action, *non enim pro pignore, sed pro pecunia fidem obligavit*³.

Dans les deux espèces présentes le débiteur encourrait en outre le *crimen stellionatus* qui emportait une condamnation *extra ordinem*. Le *crimen stellionatus* était également encouru lorsque le débiteur donnait en gage, sans en prévenir le créancier, une chose déjà engagée à la sûreté d'une autre créance⁴, ou lorsque le gage remis était une *res aliena*. Mais il faut que le débiteur

1. Fl. 4, § fin. D. 13. 7.

2. Fl. 36. D. *ibid.*

3. Fr. 1. 54. D. 46. 1.

4. La menace des peines du stellionat avait, on le voit,

l'ait remis *sciens alienam*, car *quantum ad crimen stellionatus excusat ignorantia*; Paul ajoute : *quantum ad iudicium contrarium ignorantia eum non excusat*. En effet, les conditions du *crimen* et du *contrarium iudicium* sont bien différentes. Pour l'un, il faut l'intention dolosive, la mauvaise foi; pour l'autre, le défaut de diligence suffit. Ajoutons cependant que la *pigneratitia* ne serait pas donnée au créancier. *Si sciens accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum*¹. Même si le créancier ignorait les vices du gage, la bonne foi du débiteur ne lui serait pas inutile, elle lui permettrait, *si servus (pignori datus) creditori furtum faciat, servum pro noxæ deditioe relinquere. Quod si sciens furem mihi pignori dederit, etiamsi paratus fuerit pro noxæ deditioe apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneratitiam actionem ut indemnem me præstet*². Les mêmes principes s'appliqueraient au cas où un animal remis en gage a communiqué une épizootie.

Si le créancier a vendu le gage et que l'ache-

pour but d'empêcher le constituant de donner en gage une chose déjà hypothéquée et par là d'obvier aux inconvénients des hypothèques tacites. Si le gage suffisait à l'acquittement de toutes les dettes qu'il était appelé à garantir, et *stellionatus et pigneratitia cessant*. Le stellionataire était condamné aux mines ou à la rélévation (l. 3, § 2. 47, 20) et encourait l'infamie (l. 3, § 8, 3, 2).

1. Fr. l. 36 et l. 16. D. 13, 7.

2. Fr. l. 31. D. 13. 7.

teur évincé ait recours contre lui, la *pigneratitia contraria* pourra dans certains cas être intentée avec succès par le créancier contre le débiteur, mais nous réservons ce cas qui sera examiné plus loin.

La même action pourra encore être exercée par le gagiste contre le constituant pour se faire restituer la possession de l'objet engagé que le débiteur aurait reçu à titre de louage ou de précaire.

On ne peut douter que ce fût là un cas très-fréquent d'exercer l'*actio pigneratitia*. L'emprunteur, celui qui a besoin de fonds, jouit rarement d'une fortune considérable ; aussi le contrat de *pignus* portait-il le plus souvent sur des meubles indispensables aux besoins de la vie journalière ou sur les instruments de la profession du débiteur. Quoi de plus naturel dès lors que ces conventions accessoires intervenues peu après le contrat de gage et dans lesquelles le débiteur recevait à titre précaire du créancier les objets qu'il lui avait livrés et qui étaient inutiles à l'un, indispensables à l'autre ?

La fréquence des arrangements de ce genre dut donner la première idée d'une modification qui fut la source du pacte d'hypothèque.

CHAPITRE III.

DU PACTE D'HYPOTHÈQUE.

§ 1^{er}.

DE SA NATURE ET DE SES EFFETS.

On appela ainsi la convention purement consensuelle, par laquelle un débiteur affectait sa chose à la sûreté de la créance.

Fréquemment le pacte d'hypothèque est appelé dans les textes, pacte de gage ou simplement gage, *pignus*. Cela vient sans doute de ce qu'il ne fut qu'une modification du contrat de gage. Toutefois il diffère de celui-ci dans sa forme et dans ses effets.

Dans sa forme : car la tradition n'est pas nécessaire pour la formation du pacte de gage. Dans ses effets, car c'est seulement à l'échéance de la dette que le créancier est autorisé à entrer en possession de la chose. Du moment où cette prise de possession a lieu les actions *pigneratitia*

directa et contraria peuvent être exercées par le constituant et le gagiste comme sanction de leurs obligations réciproques. Rien n'était changé quant au droit de vendre le gage, mais une innovation marquante avait été introduite par le droit prétorien. Le préteur Servius que l'on avait cru contemporain de Cicéron, mais qui vivait avant lui, accorda au gagiste une action en réclamation du gage qui pouvait être dirigée contre tout détenteur. Elle avait pour but de mettre le créancier en possession du gage : c'est alors seulement qu'il pouvait vendre, et se payer de sa créance sur le prix de vente de préférence à tout autre. Cette action fut accordée aussi bien au créancier qui avait fait un contrat de gage qu'à celui qui tenait son droit d'un pacte d'hypothèque, et comme *pignus* s'entendait désormais du gage et de l'hypothèque, on peut dire *inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt*. Mais pour ceux qui connaissaient le sens propre des mots, il y eut toujours une différence, écoutons les Institutes : « *Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest, nam de qua re inter debitorem et creditorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est : tum pignoris appellatione contineri eam rem proprie dicimus, quæ simul etiam traditur creditori; at eam quæ sine traditione, nuda conventionione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

La nouvelle action s'appelait quasi servienne ou hypothécaire.

Nous avons à nous demander quel était le droit conféré par le contrat d'hypothèque sur la chose engagée.

Des auteurs y ont vu un droit d'obligation dont le sujet serait non le débiteur mais l'objet même engagé. Le gage, a-t-on dit, est tenu de fournir au créancier le paiement de sa dette, les expressions de *pignoris obligatio*, *nexus pignoris*, *pignoris vinculum*, etc., sont la preuve des idées des jurisconsultes à cet égard. De même on dit : *pignus luere*, *liberare*, *solvere*, etc., expressions tirées du vocabulaire des obligations.

Cette théorie spécieuse ne nous convainc pas. Pris dans sa nature le droit du créancier est un droit réel, il crée entre le gagiste et le gage cette relation directe et immédiate qui est le caractère d'un droit réel. Le créancier peut intenter l'action hypothécaire, *cum eo qui nullo jure ei obligatus est*, ce qui, suivant les Institutes, est le propre des droits réels. C'est un droit absolu, droit de préférence, puisqu'il autorise celui qui l'invoque à se faire payer préférentiellement à tout autre, droit de suite, puisqu'il peut être invoqué contre tout détenteur.

Toutefois nous devons dire que l'action hypothécaire était intentée dans la forme d'une action *in factum*. *Si paret eam rem qua de agitur, ab eo cujus in bonis fuit Aulo Agerio pignoris nomine*

obligatam esse pro pecunia quam ille Aulo Agerio ex mutuo dare oporteret, eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare quominus solvatur, nisi arbitrato tuo Numerius Negidius Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti res erit tanti. Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve. Telle est probablement la formule employée. Elle tient à l'origine prétorienne de l'hypothèque, car on sait que le prêteur « avançant dans son œuvre de réformes successives par voies obliques, » répugnait à appliquer les termes de la législation civile aux institutions analogues qu'il créait, mais la réalité du droit d'hypothèque est attestée pour nous par l'assimilation du *creditor* avec le *fructuarius* et le *superficiarius* dans les lois romaines et par la désignation commune qu'on leur applique en disant : *sive aliquid in ea re jus habeant* (l. 19, pr. D. 393). La loi 2 C. 8. 32 dit encore : « *Cum æs non personam obliget sed rem sequatur.* »

Un autre caractère de l'hypothèque est l'*indivisibilité*. Dumoulin avait parfaitement résumé les effets de l'indivisibilité de l'hypothèque en disant : *Est tota in toto et toto in qualibet parte*, c'est-à-dire que chaque fraction de la dette grève toutes et chacune les fractions du gage ; aussi pouvons-nous dire que si une portion seulement de la dette est payée, *res nihilominus in solidum obligata remanet* et si plusieurs choses ont été remises en

gage, Ulpien nous dit suivant les mêmes principes : *qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur*; une autre conséquence, c'est que le créancier peut se payer, intégralement sur un seul des objets remis en gage, et il y trouvera un grand avantage quand les autres auront péri. Ces solutions présentent surtout de l'intérêt, quand la mort du constituant ou celle du gagiste a divisé la créance entre plusieurs mains. Dans ce dernier cas on doit, suivant Paul, comprendre le *pignus* dans l'action en partage. Il sera attribué à l'un des copartageants qui, *pro parte coheredi erit damnandus*, ce qui veut dire que l'adjudicataire devra payer à ses cohéritiers leur portion dans la créance dont le gage lui assure le recouvrement intégral.

Il est bien entendu que la manière de procéder indiquée par Paul est facultative et que les cohéritiers peuvent conserver chacun leur portion héréditaire de la créance. Dans ce cas l'un d'eux pourrait vendre la totalité du gage pour se payer de ce qui lui est dû, alors même que le débiteur aurait payé tous les autres cohéritiers.

Justinien dans une constitution qui forme la loi 1 Cod, 6.43, accorde aux légataires une hypothèque tacite sur les immeubles de la succession. Cette hypothèque ne grevait la part de chaque héritier que dans la limite de l'obligation personnelle de celui-ci. *In tantum et hypothecaria*

unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.

On a cru quelquefois voir dans cette solution une violation des principes, c'est là une erreur. Sans doute, si la créance du légataire avait pris naissance dans la personne du défunt, chaque cohéritier devrait être tenu hypothécairement pour le tout (comme le dit, à tort, suivant nous, l'art. 1017 C. C.); mais la créance ayant pris naissance dans la personne des héritiers, la solution de Justinien est inattaquable.

Toutefois remarquons qu'après le partage chaque cohéritier, à Rome comme de nos jours, sera tenu hypothécairement pour le tout. C'est le résultat des principes admis en droit romain sur l'effet attributif du partage. Ayant succédé aux droits indivis des cohéritiers sur un immeuble chaque copartageant avait succédé à leurs obligations, ou mieux, n'avait reçu sa part dans la succession que grevée des droits hypothécaires qui la frappaient du chef des autres cohéritiers, ce qui explique comment, après le partage, il était tenu hypothécairement de la totalité des legs.

Il faut remarquer que si l'indivisibilité est un des caractères de l'hypothèque, ce caractère ne lui est pas essentiel, c'est-à-dire que la convention des parties pouvait le supprimer, soit au moment de la naissance de l'hypothèque, soit après; c'est ce que décide Marcien. *Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quæcum-*

*que fundi ejus pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur*¹.

Ulpien cite même un texte qui semble faire échec au principe de l'indivisibilité. L'héritier Primus ayant été désintéressé, dit-il, l'héritier Secundus pour pouvoir vendre le fonds hypothéqué, doit rembourser au débiteur ce que celui-ci a payé à Primus. La décision se réfère sans doute à l'ancienne fiducia. Secundus n'ayant succédé que pour moitié au créancier qui avait reçu la propriété du gage sans condition de fiducia, est néanmoins admis à vendre la totalité du gage, mais sous la condition bien naturelle de rembourser au cohéritier Secundus ce que celui-ci avait reçu du débiteur.

Ajoutons en terminant qu'il est un cas où le paiement intégral de la dette et de ses accessoires ne libère pas le gage vis-à-vis du créancier. C'est lorsque le constituant, outre la dette pour laquelle le contrat de gage a été fait, est encore débiteur du même créancier à un titre quelconque. Le gagiste seul alors, *s'il est en possession du gage*, peut opposer son droit de rétention jusqu'à l'entier paiement de toutes les sommes qui lui sont dues par le même constituant. Ce droit de rétention, uniquement fondé sur l'*exceptio doli*, ne peut s'exercer au préjudice d'autres hypothèques dont la chose serait grevée¹.

1. Cette règle établie par Gordien dans la loi I du Code *etiam ob chir. pec.* a passé au Code civil avec quelques mo-

§ II

QUE PEUT-ON HYPOTHÉQUER ?

Un créancier peut faire un pacte de gage sur toutes les choses qui sont dans le commerce, même sur les choses dont sa position personnelle lui interdirait l'acquisition. Cela se comprend, puisque l'hypothèque a pour but non de transférer la propriété au créancier, mais de l'autoriser à vendre s'il ne peut recouvrer sa créance. Le pacte de gage, à l'inverse du contrat de gage, peut porter sur des choses incorporelles, telles étaient les *militiæ*, au moins depuis Justinien. Les servitudes prédiales rustiques peuvent être hypothéquées. On entend par là que le créancier non payé à l'échéance, aura le droit de vendre sur le fonds du débiteur la servitude convenue. On pouvait même stipuler : *ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat; et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas*

difications. Le gagiste ne pourra, d'après l'article 2082, exercer son droit de rétention que pour les dettes « contractées postérieurement à la mise en gage et devenues exigibles avant le paiement de la première dette. » Mais ce droit de rétention est opposable aux tiers.

*vicino licent*¹. Cette convention n'est-elle pas un véritable contrat civil de gage? Nous ne le pensons pas. Ce contrat exigeait nécessairement un objet susceptible de possession civile : or les servitudes prédiales ne sont susceptibles que d'une quasi-possession. Toutefois peut-être le prêteur accordait-il, en pareil cas, des actions *pigneratitia* utiles, nous ne connaissons aucun texte à cet égard.

Les servitudes personnelles pouvaient également être hypothéquées, soit qu'un droit de gage fût conféré au créancier sur une servitude déjà existante, soit qu'il fût convenu qu'un droit de servitude pourrait être créé par le créancier sur le fonds du débiteur qui n'aurait pas payé à l'échéance.

L'hypothèque peut encore porter sur une créance. Elle confère au gagiste le droit de vendre la créance engagée ; l'acquéreur aura une *utilis actio* pour en exiger le montant. Le créancier n'est pas tenu de vendre ; il pourra, après l'échéance de sa propre créance et de celle qui lui a été hypothéquée, intenter lui-même l'action utile contre le débiteur de cette dernière et se payer de sa créance propre sur les sommes qu'il aura ainsi obtenues du débiteur de la créance engagée. La loi 4 au Cod., liv. 8, tit. 17, décide que celui-ci ne se libérerait pas valablement en

1. Fr. l. 11, § 3. D. 20, 1.

payant entre les mains de son propre créancier, postérieurement à la dénonciation que le gagiste lui aurait faite de la mise en gage.

Si la créance engagée avait pour objet autre chose que de l'argent, le créancier gagiste conserverait, à titre de gage, ce qu'il aurait reçu du débiteur de la créance engagée. Si cette créance était garantie elle-même par un gage, le gagiste qui avait les actions utiles pour recouvrer la créance pouvait vendre le gage qui n'est qu'un accessoire.

On pouvait également donner en gage un objet qu'on tenait au même titre de son débiteur, ce que l'on appelle *pignus pignoris* ou *subpignus*. Le *subpignus* emportait-il hypothèque sur la créance garantie par la première constitution de gage? La question est controversée, mais nous penchons pour la négative, car si l'engagement du principal (la créance) entraîne l'engagement de l'accessoire (le gage), la proposition inverse ne saurait être admise. Il est d'ailleurs bien entendu que le paiement de la première dette éloignant tous les droits du premier créancier sur le gage, a pour conséquence d'annuler les effets du *subpignus*¹.

1. On remarquera l'analogie complète qui existe entre le *pignus pignoris* et la mise en gage des créances en droit français. La loi 4 cod. 8. 17 a été reproduite par l'article 1691. D'un autre côté le *pignus pignoris* correspond à l'hypothèque

Remarquons que, dans le subpignus, le droit de gage du second créancier porte non point sur le droit de gage du premier créancier, mais sur ce gage lui-même, c'est-à-dire sur une chose corporelle. Il en est de même dans l'engagement des emphytéoses et des superficies. Ce ne sont point les droits résultant de ces contrats, mais les biens eux-mêmes sur lesquels ils portent, qui sont engagés à la dette, comme on le voit par les lois 16 § 2. D. 1 § 7; 13 § 3 et 31. D. 20. 1; 15 D. 20. 4. qui parlent de *vectigale prædium*, *superficies in alieno solo posita* et jamais de *droit d'emphytéose* ou de *superficie*.

Le gage étant devenu un pacte prétorien peut porter sur des objets qui sont simplement *in bonis debitoris*, comme nous venons de le voir pour les *vectigalia prædia*.

Il y a des objets qui sont dans le commerce et dont cependant l'engagement est prohibé. La prohibition peut dériver de la loi, de l'ordre du magistrat, de la volonté du testateur ou des conventions des parties. En dehors de ces cas, la plus grande liberté est laissée aux contractants.

Le gage peut porter sur un tout intellectuel comprenant des choses d'un genre indéterminé non moins que sur un objet spécialement désigné. Dans ce dernier cas, il s'étend aux fruits ainsi qu'aux accessoires et dépendances de ces choses.

de l'hypothèque jadis en usage. Aujourd'hui nous devons rechercher son analogue dans la subrogation à l'hypothèque.

Ainsi *partus ancillæ pignoratæ in pari causa esse qua mater est placuit. Jus soli sequetur ædificium. Si nuda proprietas pignori loco sit, ususfructus qui postea accrevit, pignori est. Eadem causa est alluvionis*, etc. Mais, par exception, le droit de gage n'atteint pas le pécule de l'esclave engagé¹.

Quand un ensemble de choses a été engagé, l'hypothèque frappe les objets qui entrent plus tard dans cet *universitas*, pourvu qu'elles aient été acquises par le constituant ou produites chez son héritier par les choses renfermées dans l'*universitas*. L'hypothèque subsiste également sur les choses qui seraient ensuite aliénées, à moins qu'il ne s'agisse d'un fonds de commerce (*taberna*); ici le droit du créancier est limité aux marchandises qui se trouvent dans la boutique au moment où il fera valoir son hypothèque. Cette décision est fondée sur le caractère des marchandises d'une *taberna*, destinée à un échange perpétuel.

L'hypothèque générale du patrimoine était fréquente en droit romain; elle était pratiquement accompagnée d'une clause spéciale relative aux choses futures, mais cette clause surabondante avait été ordinairement supprimée du temps de Justinien, qui déclara qu'elle serait toujours sous-entendue.

Une pareille hypothèque ne frappe pas les biens

1. Fr. l. 1, § 1. D. 20, 1.

que, suivant les vraisemblances, le débiteur n'eût pas hypothéqués spécialement, par exemple, les objets nécessaires à la vie, les habillements, etc. Elle frappe ceux dont le débiteur n'avait pas la propriété au moment du pacte, mais qu'il a acquis par la suite.

L'hypothèque spéciale d'une *res aliena* est-elle valable? Non : *per alium rem alienam invito domino obligari non posse certissimum est*¹, et cela est rationnel, car *pignoris persecutio in rem parit actionem creditori*², et on ne peut constituer un droit réel que sur sa propre chose. Toutefois, les mots *invito domino* font pressentir une exception. La ratification du propriétaire valide l'hypothèque, qui prendra rang à partir du jour où elle a été constituée, et même le silence frauduleux du propriétaire, au moment de la convention d'hypothèque, autorise le créancier à exercer l'action servienne. *Si sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti*³. Une autorisation donnée à l'avance aurait le même effet; l'hypothèque serait encore valable si le constituant avait un espoir fondé d'arriver à la possession de l'immeuble ou s'il mettait au pacte cette condition, *si debitoris facta fuerit*. Dans ces deux espèces, l'hypothèque serait conditionnelle.

Mais ces solutions de détail ne sont que con-

1. Fr. l. 6. Cod. 8, 10.

2. Fr. l. 17. D. 20, 1.

3. Fr. l. 2. C. 8, 10.

firmes le principe qu'il faut être propriétaire pour hypothéquer; *quid* cependant quand le débiteur acquiert dans la suite la propriété de la *res aliena* qu'il a hypothéqué? Papinien qui prévoit l'hypothèse distingue : le créancier est-il en possession? *Facilior erit possidenti retentio*¹. La chose est-elle aux mains d'un tiers? *Difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur*. Cette différence se comprend; si le créancier possède, il repoussera, par l'exception de dol, la revendication du débiteur; s'il ne possède pas, il ne peut intenter l'action hypothécaire, car il ne se trouve pas dans les conditions de la formule de cette action (*cum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse*); on ne pourrait lui accorder qu'une action utile que sa mauvaise foi ne mérite pas. — La loi 5 au Cod., liv. 8, tit. 16, et un fragment de Paul² s'occupent de la même hypothèse et donnent au créancier l'action *pigneratitia utilis* sans s'occuper de sa bonne foi. Faut-il sous-entendre cette condition? Nous n'en doutons pas. Paul nous dit : *Si convenisset de pignore ut ex suo mendacio arguatur (debitor) improbe resistit quominus utilis actio moveatur*. Ces mots *ut ex suo mendacio arguatur* prouvent bien qu'il s'agit ici d'un créancier de bonne foi auquel le débiteur avait affirmé son droit de propriété sur le gage.

1. Fr. l. 1. D. 20. 1.

2. Fr. l. 41, D. 13, 7. 2. Fr. D.

De même la loi 5 au Code se sert de ces expressions *æquitatem facere ut utilis persecutio detur*, qui impliquent bien la bonne foi du créancier.

Paul nous donne le motif pour lequel le débiteur ne peut se soustraire à l'action hypothécaire, c'est qu'on l'accuserait de *mensonge*, de *fraude*. Ce motif n'existe pas quand le créancier s'adresse, non plus au créancier lui-même qui se trouve avoir acquis la propriété du gage, mais à son héritier que Paul suppose avoir été et être encore maintenant le légitime propriétaire et n'avoir pas consenti à l'impignoration. Aussi Paul dit-il : *Hoc modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque sufficit ad competendam utilem actionem eundem esse dominum qui pecuniam debet.*

Modestin, au contraire, examinant la question, nous dit : *Ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.*

Ces deux textes contradictoires en apparence peuvent-ils se concilier ? Bien des efforts ont été tentés sous ce sens par les jurisconsultes anciens et modernes, mais aucune de leurs explications n'est satisfaisante. S'il nous fallait opter entre les deux solutions, nous hésiterions beaucoup. Celle de Paul a pour elle la logique absolue des principes, celle de Modestin, postérieure en date, se trouve au cœur même de la matière des hypothèques ; elle invoque pour elle des arguments d'analogie

tirés de la vente. Remarquons d'ailleurs que Modestin par ces mots *pignus directo quidem non convalescit* reconnaît lui-même que sa solution découle plutôt des principes de la bonne foi que des principes du droit.

§ III

DU DROIT DE PRÉFÉRENCE ENTRE LES CRÉANCIERS.

Lorsqu'une chose a été engagée en même temps à la sûreté de plusieurs créances, les créanciers concourent sur le prix de la vente qui sera réparti entre eux proportionnellement à la valeur de leur créance. Chaque gagiste pour se mettre en possession pourra poursuivre *de toto* le débiteur de l'objet hypothéqué, à moins que dans les conventions d'hypothèque il n'ait été dit que le gage ne serait affecté que *pro parte* à la garantie de chaque créance. Cette clause n'est pas indifférente, elle permettra à l'un des créanciers de poursuivre le gage même entre les mains de ses cocréanciers, faculté qui lui serait refusée si l'engagement intérieur entre le détenteur et le constituant n'eût pas été fait *pro parte*. Je ne puis considérer cette dernière décision que comme une extension abusive de la maxime *in pari causa potior est causa possidentis*.

Quand les constitutions d'hypothèque ont des

dates différentes; la règle en droit romain comme en droit français est que la priorité se règle par la date des hypothèques, *prior tempore, potior jure*, sans s'occuper de la date des créances garanties.

La priorité a une grande importance à Rome; c'est seulement au créancier hypothécaire premier en date qu'il appartient de vendre l'immeuble. Si la vente avait été consentie par tout autre créancier hypothécaire, l'acheteur serait à l'abri de toute poursuite émanant du débiteur ou des créanciers qui n'auraient qu'une hypothèque postérieure à celle du vendeur, mais il pourrait être poursuivi hypothécairement par tous les créanciers ayant une hypothèque antérieure.

Si la vente émane du premier créancier, il commence par se payer sur le prix de vente de sa créance et de ses accessoires, le *superfluum* sert à désintéresser les créanciers postérieurs.

On conçoit que si la valeur du gage était de beaucoup supérieure au montant de la première dette, le créancier premier en rang avait peu d'intérêt à vendre à un prix élevé, et que les créanciers subséquents se trouvaient lésés. Aussi les lois romaines avaient-elles établi ce que l'on a appelé le *jus offerendæ pecuniæ*. Tout créancier hypothécaire peut prendre la place d'un autre créancier hypothécaire en lui offrant de le désintéresser. Dès lors un créancier hypothécaire pouvait acquérir le premier rang en payant tous les

créanciers intermédiaires ou simplement le premier créancier, et dès lors il vendait dans les conditions qui lui semblaient le plus favorables.

Un créancier, quel que fût son rang, pouvait recevoir son paiement d'une tierce personne et la mettre en son lieu et place, ce qui s'opérait par la *cession d'actions*. Cette cession devait être expresse, certaines personnes pouvaient l'exiger, tels étaient le débiteur de l'objet hypothéqué, les fidejusseurs et garants du créancier poursuivis par l'action hypothécaire.

Le principe de la priorité de l'hypothèque s'appliquait aussi bien aux créances à terme et aux créances conditionnelles qu'aux créances pures et simples, mais il ne s'appliquait pas aux créances contractées sous une condition potestative de la part du débiteur. L'hypothèque ne prenait rang en pareil cas que du jour où la condition s'était réalisée.

Quelques auteurs se sont fondés sur cette décision pour soutenir que l'hypothèque des biens à venir, ne grevait ces biens que du jour où ils étaient entrés dans le patrimoine de l'acquéreur, l'acquisition des biens étant une condition potestative de la part du débiteur. Jusque-là la théorie est acceptable, mais on l'a conduite plus loin et on a dit que si plusieurs hypothèques générales grevaient le patrimoine d'une personne, ces hypothèques, frappant au même instant les biens qui entraient

dans le patrimoine du débiteur, devaient concourir entre elles.

Un texte d'Ulpien semble venir à l'appui de cette opinion. *Si tibi quæ habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem in pignore*¹. Voilà, dit-on, leurs hypothèques de dates différentes qui paraissent concourir sur un bien à venir ! Nous ne croyons pas que ce texte fournira un argument bien concluant. Rien en effet n'implique absolument que les deux hypothèques n'aient pas la même date. La suite du texte semble même prouver le contraire. *Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit : quippe cum res ex nummis pigneratis empta, non sit pignerata ob hoc solum quod pecunia pignerata est*. Quelle objection Ulpien cherche-t-il à réfuter ? Uniquement la prétention du créancier à hypothèque générale qui dirait à l'autre : « Je vous suis préférable, car votre gage a été acheté des deniers qui en étaient hypothéqués. » Il est infiniment probable que si ce même créancier avait eu une hypothèque antérieure, il aurait invoqué cette priorité en faveur de son droit et qu'Ulpien en eût parlé.

On cite encore un autre passage d'Ulpien² :

1. Fr. l. 7, § 1. D. 20, 4.

2. Fr. l. 28. Code, 49, 14

Si qui mihi obligaverat quæ habet, habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potioresse debere; Papinianum respondisse: Quod constitutum est, prævenit enim causam pignoris fiscus. Suivant l'opinion que j'expose, ce texte signifierait que j'ai acquis une hypothèque générale et qu'ensuite mon débiteur a contracté avec le fisc; le fisc a une hypothèque préférable à la mienne. Quel en serait le motif? C'est, dit-on, que le fisc avait sur les biens de tous les débiteurs une hypothèque qui primait sur les biens à venir tous autres créanciers. C'est à cette hypothèque privilégiée que Ulpien ferait allusion en disant: *Prævenit causam pignoris fiscus.* Cette exception admise en faveur du fisc est, ajoute-t-on, la preuve que les hypothèques sur les biens à venir concourraient en règle générale.

Ce raisonnement péniblement échafaudé tombe de lui-même si l'on remarque: que les textes auxquels nous renvoie Ulpien par ces mots *quod constitutum est*, établissent au profit du fisc une hypothèque *tacite* et non point une hypothèque *privilégiée*. La solution d'Ulpien semble alors inexplicable, mais toutes les difficultés disparaîtront si l'on admet avec nous que l'hypothèque du fisc est la dernière en date, hypothèse à laquelle le texte ne répugne nullement et que semblent confirmer ces mots *prævenit causam pignoris fiscus*. Qu'il nous suffise d'ajouter sans en-

trer dans plus de détails qu'un passage de Scaevola¹ est parfaitement d'accord avec le principe que la priorité du rang hypothécaire a lieu même pour les hypothèques sur des biens à venir, qu'au contraire cette loi dans le système adverse ne s'explique qu'en admettant des inexactitudes dans les termes dont s'est servi Scaevola et qu'enfin dans la loi 9 § 3 *qui pot. in pign.* Africain donne des décisions qui, quoique inexacts sur certains points, ne peuvent s'expliquer que dans le système que nous adoptons.

§ IV

DE LA VENTE DU GAGE ET DE SES CONSÉQUENCES.

Nous savons que le créancier hypothécaire premier en rang peut seul vendre régulièrement le gage. La vente consentie par le débiteur serait valable sans doute, mais l'objet engagé ne serait transmis à l'acquéreur que *cum sua causa*. Remarquons cependant que l'acquéreur, comme aussi tout détenteur de l'immeuble hypothéqué, pourra arrêter la poursuite du créancier hypothécaire en lui remboursant sa créance. Justinien a de plus introduit en sa faveur le *beneficium excussionis personae* qui lui permet de repousser

1. Fr. l. 21. D. 20, 4.

l'action hypothécaire tant que le créancier n'a pas préalablement discuté le débiteur et ses cautions. Pareillement, dans le cas où un créancier a, pour la même dette, une hypothèque générale et une hypothèque spéciale, le détenteur des choses soumises à l'hypothèque générale, attaqué par l'action hypothécaire, peut régulièrement exiger que le créancier s'en prenne d'abord aux choses qui lui ont été spécialement hypothéquées, c'est ce que l'on appelle *beneficium excussionis reale*. Si le débiteur avait vendu au créancier premier en rang dont la créance serait éteinte par compensation avec le prix, le second créancier hypothécaire passant au premier rang pourrait revendre l'immeuble, mais à la charge de rembourser la créance qu'avait l'acquéreur qu'il dépossède. Il en serait de même si le premier créancier avait vendu l'objet hypothéqué au fidéjusseur du constituant et que ce fidéjusseur eût compensé le prix de vente avec le créancier, cette vente n'étant considérée que comme une sorte de substitution du fidéjusseur au créancier.

Quelles sont vis-à-vis de l'acquéreur les obligations du créancier hypothécaire qui vend le gage? Il faut distinguer. N'a-t-il pas fait connaître sa qualité de créancier gagiste et s'est-il présenté comme propriétaire? Il est tenu de toutes les obligations qui découlent de la vente.

Au contraire a-t-il vendu *jure pignoris*? Son

obligation de garantie est beaucoup moins étendue que celle d'un vendeur ordinaire, mais les interprètes ne sont pas d'accord pour savoir jusqu'où elle va. Tous admettent que le créancier vendeur est responsable de son dol et qu'il doit toujours céder tout au moins à l'acquéreur évincé l'action *pigneratitia contraria* contre le constituant, mais ils se divisent ensuite.

Plusieurs admettent que le créancier est garant de toute éviction provenant d'un défaut de droit dans sa personne. Ce qui comprend trois hypothèses : Le créancier n'avait pas le droit de vendre, ou il n'avait pas une créance valable, ou il n'avait pas valablement reçu en gage la chose qu'il a vendue.

La loi 1 cod. 8. 46 vient confirmer cette opinion : *Cum jure creditoris propter fisci debita prædium obligatum procurator meus venumdedit, evictio non debetur : quia et privatus creditor eodem jure utitur.... Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa nomine fisci movetur controversia : sive quia potior quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique præstare debet qui pignoris jure vendit, potiolem se cæteris omnibus.*

Le fisc a vendu le bien qui lui était hypothéqué, puis il succède aux droits d'une personne qui avait une autre hypothèque sur le bien vendu, la loi décide que le fisc ne pourra inquiéter l'acquéreur. En effet, était-il *potior* ? La vente a été régulière ;

était-il *infirmior* ? il doit garantir. Que veut dire ce mot *infirmior* ? il signifie précisément, ou que le fisc était postérieur à celui auquel il a succédé, c'est-à-dire n'avait pas droit de vendre ou qu'il n'avait pas une créance valable, par conséquent s'il évinçait l'acquéreur, il serait tenu envers lui de la garantie, et la loi précitée lui défend d'évincer en vertu de la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. — La fin de ce texte est surtout remarquable, elle contient l'énoncé du principe dont le commencement donne une application : *Hoc utique præstare debet qui pignoris jure vendit, potiores se esse cæteris omnibus*.

Suivant une autre opinion, le créancier ne serait tenu vis-à-vis de l'acquéreur évincé que de son droit.

La loi 11 § 16 D. 19, 1 fournit un argument à l'appui. Le créancier qui *sciens sibi non obligatam, vel non esse ejus qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum præstare debere ostendimus*. Le texte nous présente la connaissance d'un défaut de droit dans la personne du vendeur comme nécessaire pour le rendre garant de l'éviction, ce qui prouve bien que ce défaut de droit n'oblige pas par lui-même le créancier vendeur envers l'acquéreur évincé. Dans ce système, on explique le rescrit d'Alexandre qui forme la loi 1 au code 8, 46 et que nous avons cité par ce passage de Paul : *Kitsi is qui lege pi-*

gnaris emit ab evictionem rei redire ad venditorem non potest : tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa questionem movere. En un mot, de ce que le vendeur ne peut inquiéter l'acquéreur, il n'en faut pas forcément conclure que ce dernier serait soumis au recours en garantie en cas d'éviction.

Malgré la force de ces arguments, nous croyons devoir nous rallier à la première opinion. La loi 11, § 16, peut, à la rigueur, s'accorder avec l'interprétation donnée dans le premier système, tandis que le rescrit d'Alexandre contient une phrase qui rejette entièrement l'opinion de nos adversaires. Nous pouvons ajouter que lorsqu'il y a eu éviction il nous semble plus juste de faire peser le dommage sur le créancier qui a vendu imprudemment, que sur l'acquéreur qui ne pouvait que bien difficilement s'assurer de la réalité des droits de son vendeur.

L'acquéreur évincé, s'il ne peut poursuivre le vendeur, sera-t-il dépourvu de tout recours contre le constituant? Nullement, il a contre celui-ci l'action *pignoratitia contraria* dont il peut toujours demander la cession au créancier; il a même l'action *utilis ex empto*. En général l'action *ex empto* n'est donnée que contre le vendeur lui-même, mais on conçoit très-bien que le prêteur, *utilitatis causa*, ait accordé à l'acquéreur l'exercice direct de l'action *empti* contre le consti-

luant qui est censé avoir au moment du contrat de gage donné éventuellement au créancier mandat de vendre. Cette décision est conforme au principe de la jurisprudence qui avait fini par donner l'action *judicati utilis* contre celui qui avait été défendu dans un procès par un *procu-rator præsensis*.

Nous pouvons supposer que le créancier, au lieu de vendre *jure pignoris*, s'est expressément soumis à la garantie et a fait la promesse du double. L'éviction s'est produite et le vendeur poursuivi par l'action *ex stipulatu* a été obligé de payer. Aura-t-il un recours en indemnité contre le constituant par l'action *pigneratitia contraria*? Ulpien examine et résout la question en ces termes : *Si creditor, quum venderet pignus, duplam promisit (nam hoc usu venerat et conventus ob evictionem condemnatus erat) : an haberet regressum pigneratitiæ actionis? Et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa hic vendidit; et ut paterfamilias diligens id gessit : si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanti vendere potuit etiamsi hæc non promisit, regressum non habere*¹. On voit qu'Ulpien s'en réfère aux principes qui règlent la responsabilité du créancier. La *cautio de evictione* a-t-elle eu pour but d'obtenir un prix convenable et tirer meilleur parti du gage? le créan-

1. Fr. 22, § 4. D. 13, 7.

cier a un recours contre le constituant. N'a-t-elle été qu'une clause superflue dans la vente? le créancier ne peut répéter contre le débiteur ce qu'il a payé sur l'action *ex empto*.

§ V

EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque étant un droit accessoire doit s'éteindre avec la créance qu'elle garantit. Nous pourrions nous assurer de la vérité de ce principe en parcourant tous les modes d'extinction des obligations. Nous avons vu dans le chapitre II, § II, que le paiement, de quelque source qu'il parvienne, met fin au droit de rétention du créancier gagiste. Nous pouvons appliquer ici tout ce que nous avons dit plus haut. — La novation qui éteint la créance éteint l'hypothèque. Si un événement postérieur vient montrer la nullité de la novation effectuée, l'ancienne créance revit et avec elle l'hypothèque. Julien nous en donne un exemple : Une femme s'est portée *expromissor* ; « *cum mulieris persona subtrahatur creditori propter senatus consultum, integra pristina causa restituenda est*¹. » Si la novation avait été valable, l'hypothèque aurait été éteinte avec la créance :

1. Fr. l. 14. D. 16, 1.

Novatione legitime facta liberantur hypothecæ et pignus, toutefois une réserve expresse pourrait détacher l'hypothèque de l'ancienne créance pour la rattacher à la nouvelle : *novata autem debite obligatio pignus perimit, nisi convenit ut repetatur*. Cette décision s'explique facilement par ce principe fréquemment exprimé dans les lois romaines, que l'hypothèque doit fournir au créancier paiement ou satisfaction. *Suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet*¹. C'est sans doute par application de ce principe que la *litis contestatio*, que l'on a souvent appelée novation judiciaire, n'éteignait pas l'hypothèque, quoique l'action principale fût éteinte dès qu'elle avait été *deducta in iudicium*. Il y a mieux, l'hypothèque survivait au jugement et s'attachait à l'*actio judicati*. *Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata*. C'est qu'en effet, tant que le créancier n'a pas reçu les espèces ou la chose qui lui est due, il n'y a ni paiement ni satisfaction. Notre solution resterait vraie alors même que l'action serait dirigée contre un tiers qui se serait porté *defensor*. Le créancier aurait alors une double sûreté, l'hypothèque et la *satisfactio*, car on sait que *nemo defensor sine satisfactione idoneus esse creditur*.

C'est encore par une application de notre prin-

1. Fr. l. 13, § 4. D. 20, 1.

cipe que le créancier qui a été institué héritier par son débiteur, mais qui n'est qu'un fiduciaire chargé de restituer l'hérédité peut exercer son hypothèque même après avoir fait adition sur l'ordre du prêteur. Sans doute l'adition a éteint la créance, mais quant à l'hypothèque l'action servienne subsistera parce qu'il ne s'est rien passé qui doive la faire considérer comme éteinte. *Verum est enim non esse solutam pecuniam.*

L'hypothèque subsiste-t-elle quand il y a eu dation en paiement et que le créancier est évincé de l'objet qu'il a reçu? Marcien le décide ainsi : *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit, manet pristina obligatio*, c'est-à-dire que l'ancienne dette est présumée revivre et par conséquent doit être accompagnée de l'hypothèque, son accessoire obligé.

Au contraire, dans une espèce voisine Ulpien donne la décision inverse. *Si impetrasset creditor a Cæsare ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pigneratitiam? et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Imo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitate debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit; et compensationem potest habere creditor, si forte pigneratitia vel ex alia causa cum eo agatur¹.*

1. Fr. l. 24. D. 13, 7.

Il s'agissait probablement ici d'un *contrat de gage*, néanmoins comme le *contrat de gage* au temps d'Ulpien engendrait une hypothèque, nous devons nous étonner de voir ce jurisconsulte dire : *Videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum*. Ce passage paraît ne pas s'accorder avec la loi *suas conditiones* qui exige pour l'extinction de l'hypothèque ou *solutio* ou *satisfactio*, puisqu'il n'y point eu ici *solutio* et que la *satisfactio* est douteuse. Toutefois la décision de Marcien se comprend en ce qu'il ne considère pas l'arrangement pris comme nul, il en fait découler l'*actio utilis ex empto* et la naissance de cette action nous fait comprendre comment il y a eu *satisfactio* suffisante pour éteindre le gage.

Cette première difficulté écartée il n'en reste pas moins une antinomie entre les deux textes donnant au créancier, l'un, l'ancienne action, l'autre l'action *utilis ex empto*. On a cherché à les concilier en disant qu'Ulpien avait en vue une obligation de somme d'argent ; le créancier ayant dès lors reçu *rem pro pecunia*, il y a une sorte de vente et l'éviction loin d'éteindre les obligations du vendeur fait naître contre lui l'action *utilis ex empto*. Marcien, au contraire, suppose que l'obligation n'avait pas pour but une somme d'argent. Le créancier a donc reçu *rem pro re*. Il y a eu un contrat innommé, *do ut liberer*. La dation se trouvant nulle, la libération n'est pas effectuée et l'ancienne dette persiste.

Cette explication ingénieuse semble difficile à admettre en présence d'un texte de Paul qui dit : *Maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statu liberum remve sub conditione legatam, dotis nomine pro filia pater solvisset ; harum enim rerum solutio non potest, nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas*¹. Il est bien probable que la *dotis promissio* consistait en argent et pourtant Paul reconnaît que l'éviction fait revivre l'action primitive *ex stipulatu*. Nous pensons donc qu'il existait des dissentiments sur ce point entre les jurisconsultes romains. Donner au créancier à son choix l'action du contrat ou l'action *utilis ex empto* serait bien dur pour un débiteur de bonne foi. D'ailleurs Ulpien ni Marcien ne parlent d'une option laissée au créancier. Restreindre les dommages qu'on pourrait demander par l'action *ex empto* au chiffre de la créance serait, suivant nous, donner une solution hasardée vu le silence des textes.

Le principe dont nous avons donné plus haut quelques explications, à savoir, que l'hypothèque ne s'éteint que lorsqu'il y a eu paiement ou satisfaction, pourrait peut-être s'expliquer par cet autre qui fut de tout temps admis à Rome, que l'hypothèque garantit aussi bien le paiement d'une obligation naturelle que le paiement d'une obligation civile. Quoi qu'il en soit, ce dernier

1. Fr. l. 98, pr. D. de solut.

principe permet de comprendre un grand nombre de décisions que nous trouvons au Digeste.

Plusieurs textes notamment autorisent le créancier à agir hypothécairement quand il a perdu l'action civile par un vice de procédure. Soit qu'il y ait eu *plus-petitio* dans la formule de la demande, soit que *litem tempore amisit*, soit que la demande ait été repoussée par les *exceptio litis dividuæ* ou *litis residuæ*.

Lorsque le créancier avait laissé éteindre *tempore* l'action personnelle née de la créance, l'action hypothécaire survivait-elle ? Cela avait été admis sans doute à cause de l'obligation naturelle qui survit à l'action civile. On peut dire que cette obligation naturelle ne s'éteint que par le paiement, aussi l'action hypothécaire fut-elle originellement imprescriptible quand les immeubles affectés à l'hypothèque demeuraient aux mains du débiteur. En était-il autrement quand ils passaient aux mains d'étrangers ? Nullement, et cela se conçoit fort bien, car l'hypothèque est un droit réel parfaitement distinct de la propriété, et il n'est pas extraordinaire qu'un créancier conservât une hypothèque sur une chose dont un tiers avait acquis la propriété. C'est ce que Papinien résume parfaitement dans la loi 1, § 2 *de pign. et hy.*, où il s'agit d'un tiers acquéreur.

Une question plus délicate se présente. Il est généralement admis que l'hypothèque d'une chose s'étend sur les fruits de la chose ; d'ailleurs Papi-

nien pose une espèce dans laquelle il a été expressément stipulé que les fruits seraient engagés à la dette, le jurisconsulte se demande si les fruits produits après l'entrée en jouissance du propriétaire actuel demeureront affectés à la dette. La solution affirmative n'était pas douteuse, car le débiteur n'a pu engager les fruits qu'à titre de chose future et par conséquent *si debitoris facti fuerint*, ce qui n'a pu avoir lieu d'après l'espèce proposée.

Cette loi est remarquable par l'épithète de *consumptos* ajoutée aux mots *fructus*, épithète que M. Pellat a démontrée avoir été une interpolation de Tribonien.

La nécessité d'assurer la sécurité des possesseurs de bonne foi fit admettre à leur profit le bénéfice de la *præscriptio longi temporis* des charges hypothécaires. A l'égard du possesseur de mauvaise foi, aucune prescription ne fut possible jusqu'à Théodose qui introduisit en sa faveur une prescription trentenaire. Si les immeubles demeuraient aux mains du débiteur, aucune prescription n'était possible avant Justin qui établit la prescription de quarante ans.

L'hypothèque s'éteignait soit par la résolution du droit du constituant, soit par la perte de la chose; rappelons-nous cependant les solutions données par les jurisconsultes. Si une maison hypothéquée brûle, le sol reste hypothéqué, car *domus plgnori data et area ejus tenebitur*, d'où la

conséquence que si la maison est reconstruite elle sera encore frappée d'hypothèque, *Etiam si ab aliquo debitore restituta fuerit*, sauf l'indemnité due au constructeur sur laquelle il semble y avoir des solutions divergentes dans les lois romaines.

§ VI

HYPOTHÈQUES TACITES.

N'existait-il pas d'hypothèque en droit romain en dehors de l'hypothèque conventionnelle ? Il faut répondre affirmativement. Ainsi un *de cujus* pouvait constituer par testament une hypothèque en faveur de son débiteur, la *missio in possessionem* emportait hypothèque au profit de celui à qui elle était accordée ; le bailleur d'un fonds rural avait hypothèque sur les récoltes ; le bailleur d'un fonds urbain sur les *invecta* et *illata* de l'*inquilinus*. Celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison a le *pignus insulae*.

Les pupilles ont une hypothèque générale sur les biens de leur tuteur, le fisc sur les biens de ses débiteurs, et la femme mariée avait avant Justinien un *privilegium inter chirographarios* comme garantie de ses reprises dotales contre son mari. La loi 1 au Cod. *de rei uxoris act.* (513) transforma ce privilège en hypothèque générale dont le bénéfice fut peu après étendu aux créances para-

phernales de la femme. Enfin par une dernière faveur, Justinien, justifiant ainsi l'épithète d'*uxorius legislator*, établit que l'hypothèque de la femme, en tant qu'elle assure le recouvrement de la dot, serait *privilegiée*, c'est-à-dire qu'elle aurait le pas sur toutes les hypothèques, même constituées antérieurement au mariage. Cette disposition connue sous le nom de loi *Assiduis*, a été justement critiquée. En 1789 elle était presque universellement abandonnée dans les provinces de l'ancienne France qui suivaient le droit écrit.

DROIT FRANÇAIS.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

Le Code civil laisse aux personnes qui contractent mariage une grande latitude pour le règlement de leurs conventions matrimoniales; toutefois il établit au profit de la femme une garantie à laquelle elle ne saurait renoncer; nous voulons parler de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Ce n'est point là une innovation du législateur de 1804. A toutes les époques on a compris que l'état de dépendance où la femme se trouve placée durant le mariage exigeait une protection spéciale; l'hypothèque est depuis longtemps l'expédient adopté en France pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'épouse. Nous le trouvons en vi-

gueur dans les pays de coutume, dès la fin du moyen âge. Dans les pays de droit écrit, elle est plus ancienne encore, puisqu'elle nous vient du droit romain¹. Elle prend naissance au jour du mariage et s'étend sur tous les biens du mari.

Durant la période de la révolution de 1789, l'hypothèque légale subsista sans interruption. La loi de messidor an III avait bien prononcé sa suppression implicite en abolissant toutes les hypothèques tacites, mais l'exécution de cette loi fut en réalité suspendue par des décrets postérieurs. La loi de brumaire an VII accorda expressément à la femme mariée une hypothèque générale sur les biens de son mari, mais elle la soumettait à la grande règle de la publicité, dont elle avait fait le droit commun de la France en matière d'hypothèque.

Le code n'a point innové, il s'est contenté de copier dans les documents législatifs de l'ancienne France les dispositions qui lui ont semblé les plus sages, et en cela il a bien fait.

En étudiant cette matière, nous élaguerons toutes les questions qui ne s'y rattachent pas directement, nous nous contenterons d'examiner les points principaux et surtout les nombreuses difficultés dont ce vaste sujet est hérissé.

La rareté et la concision des textes qui réglementent l'hypothèque légale de la femme mariée,

1. Voir le droit romain, *in fine*.

**l'intérêt qui s'attache aux droits qu'elle protège,
en font l'une des matières les plus attachantes et
les plus épineuses qu'il soit donné au jurisconsulte
d'étudier.**

CHAPITRE PREMIER.

QUELLES SONT LES FEMMES QUI PEUVENT SE PRÉVALOIR DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE ?

L'existence d'une hypothèque légale au profit de la femme n'est subordonnée par la loi (art. 2121-2135) qu'à une seule condition, celle de son mariage. Cette hypothèque appartient à la femme quel que soit le régime matrimonial adopté, régime dotal, sans communauté, communauté, etc. La séparation de biens judiciairement prononcée, la laisse intacte pour le passé et pour l'avenir; il en est de même de la faillite du mari survenue dans les dix jours de la célébration du mariage. Une controverse aurait pu s'élever à cet égard sous l'empire de l'ancien article 443 du code de commerce, qui annulait *toute* hypothèque *acquise* dans les dix jours qui ont précédé la faillite, mais tous les doutes sont levés depuis la loi de 1838 sur les faillites. Le nouvel article 446 ne prononce la nullité que des hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires constituées* dans le temps suspect.

Le mariage putatif fait naître l'hypothèque légale au profit de la femme si elle a été de bonne foi ; la nullité du mariage prononcée en justice n'empêcherait pas cette hypothèque de garantir les créances antérieurement nées au profit de la femme.

Si un mariage a été célébré à l'étranger entre des époux français, l'existence de l'hypothèque sera-t-elle subordonnée à la transcription de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil, transcription ordonnée par l'article 171 ! La négative est généralement admise. Prononcer la déchéance de l'hypothèque pour omission d'une formalité réglementaire, serait édicter contre la femme une pénalité qui n'est inscrite nulle part. L'hypothèque légale est dispensée d'inscription, suivant M. Grenier, à cause de « l'impuissance où sont les femmes de veiller à leurs intérêts, » motif qui milite avec autant de force quand il s'agit de la dispense de transcription du contrat sur les registres de l'état civil, que de la dispense d'inscription de l'hypothèque sur les registres du conservateur.

Si le lieu où le mariage a été célébré est indifférent à l'existence de l'hypothèque légale, devra-t-on prendre en considération la nationalité des époux ? Pas davantage, la femme étrangère, aussi bien que la femme française, pourra se prévaloir en France de cette hypothèque. Cette solution a été diversement justifiée. On a dit quelquefois

que l'hypothèque était une dépendance du statut réel, et qu'il fallait par conséquent en régler l'application d'après les principes de la loi française, sans s'occuper de la qualité des titulaires de la créance garantie. C'est là, suivant nous, un point de vue inexact. Sans doute, les dispositions de la loi sur les effets de l'hypothèque, la manière dont elle doit être constituée, etc., rentrent dans le statut réel, et en ce sens il est vrai de dire que des étrangers ne pourraient convenir qu'une hypothèque conventionnelle non inscrite sera opposable aux autres créanciers, ou qu'elle pourra être consentie par un acte sous seing privé. Mais il en est tout autrement des articles 2121 et 2135, dont l'objet principal est bien moins de régler la condition juridique des immeubles que de protéger d'une manière spéciale, les intérêts pécuniaires d'une certaine classe de personnes. Le statut réel comprend les lois qui ont pour objet principal les biens : or, on ne dira jamais que l'hypothèque légale a été donnée plutôt en vue du bien sur lequel elle frappe, qu'en vue de la créance qu'elle garantit. L'application de la doctrine que nous combattons produirait de singuliers résultats ; elle amènerait à reconnaître une hypothèque légale au profit des États, des communes et des établissements publics étrangers sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, ce qui certainement dépasserait les intentions du législateur. Cette hypothèque dérivant du statut réel de-

vrait être reconnue au profit des personnes morales étrangères, alors même qu'elle ne leur serait pas conférée par la loi de leur pays.

Nous rejetons donc cet argument et nous établissons notre système sur une autre base. D'abord il nous semble évident que l'hypothèque n'est point un de ces droits civils dont la jouissance est réservée aux seuls regnicoles. Il est universellement admis, au contraire, qu'un étranger pourrait aussi bien qu'un Français obtenir une hypothèque conventionnelle en se conformant aux règles de forme posées dans l'article 2127. Il n'est pas contesté non plus que l'hypothèque judiciaire ne découle à son profit d'un jugement de condamnation qu'il aurait obtenu contre son débiteur, pourquoi ferait-on une exception pour l'hypothèque légale? Cette exception serait d'autant moins justifiée que l'article 2121 est aussi compréhensif que possible dans ses termes. D'ailleurs, et c'est là le fond de notre théorie, pour nous, l'hypothèque légale est une conséquence naturelle du mariage. Le mariage est un contrat du droit des gens, sa validité est indépendante du lieu où il a été célébré et de la nationalité des époux. Dès que cette validité a été reconnue, elle entraîne aux yeux du législateur français des conséquences forcées. Telles sont l'obligation à la dette alimentaire, la légitimité des enfants, telle est aussi l'hypothèque légale. Il est si vrai que cette dernière est considérée par le code civil

comme le corollaire obligé du mariage que les époux ne pourraient y déroger par une convention expresse, c'est donc une institution d'ordre public. Ce caractère est généralement reconnu à l'hypothèque légale du mineur, nous ne voyons pas pourquoi on le refuserait à l'hypothèque légale de la femme. La femme est chez toutes les nations civilisées placée comme le mineur dans un état d'incapacité. Pour l'un comme pour l'autre cette incapacité est plus ou moins étendue suivant la législation positive, les temps et les lieux; mais elle existe et elle existera toujours, car elle est au fond dans la nature des choses, dès lors le caractère obligatoire de l'hypothèque ne doit pas nous étonner. Toutefois notre doctrine est loin d'avoir rallié tous les suffrages. La cour de cassation, approuvée par un grand nombre d'auteurs, refuse l'hypothèque légale aux femmes étrangères. Cette hypothèque, dit-elle, envisagée dans sa nature et dans son mode de constitution, rentre dans le droit civil et non dans le droit des gens. C'est une institution qui, admise par tel peuple, sera repoussée par tel autre; c'est ainsi qu'elle n'a pas lieu en Angleterre, en Écosse, en Hollande, en Russie, en Autriche, et dans plusieurs des cantons suisses. On ne peut donc accorder à l'étrangère sur les immeubles français l'hypothèque légale de la femme mariée que si cette hypothèque est expressément conférée aux nationaux de son pays par un traité

diplomatique, conformément au système de réciprocité établi par l'article 2.

Nous rejetons ce système. Il prend sa source dans les théories restrictives des droits des étrangers qui sont peu d'accord avec les tendances générales de la législation. On l'a généralement compris, aussi a-t-on imaginé un troisième système qui laisse une large place à l'équité profondément blessée par la doctrine précédente.

D'après cette troisième opinion l'hypothèque légale de la femme mariée rentrerait dans le statut personnel, elle pourrait donc être invoquée en France par toutes les femmes à qui elle est concédée par leur loi nationale; elle leur serait refusée toutes les fois qu'elle ne serait pas admise dans le pays d'origine des époux. Cette théorie, excellente dans ses résultats, est, suivant nous, inexacte dans son point de départ. L'hypothèque légale ne rentre pas dans le statut personnel; le statut personnel s'occupe de l'état et de la capacité des personnes, questions qui sont complètement indépendantes des garanties concédées à la femme pour le recouvrement de ses droits pécuniaires. Le principe adopté comme base de la troisième opinion, mènerait d'ailleurs à de singulières conséquences s'il était logiquement suivi par ses auteurs : il est bien rare que deux lois positives concordent exactement dans toutes leurs dispositions, et quand une hypothèque appartiendrait à la femme étrangère en vertu de sa loi na-

tionale, on se trouverait dans la nécessité, ou de violer le statut personnel de cette femme, en appliquant à son hypothèque les règles édictées par la loi française sur l'hypothèque en général, ou de violer les principes du statut réel en réglant l'hypothèque de l'étrangère d'après les lois de sa nation. La difficulté que nous signalons est très-sérieuse et amènerait des complications inextricables dans toutes les affaires où se trouveraient engagés les intérêts des étrangères. D'ailleurs il est un dilemme auquel les partisans de cette opinion ne sauraient échapper. Ou l'hypothèque légale est conférée à l'étranger par la loi française, et alors on retombe dans le premier système, ou elle leur est conférée par la loi étrangère, et alors on viole le principe de la souveraineté des lois, principe plus strict peut-être en fait d'hypothèque que sur toute autre matière, comme le prouvent les articles 2123 et 2128.

CHAPITRE II.

QUELLES SONT LES CRÉANCES GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

La réponse à cette question est dans l'article 2121 : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont ceux des femmes mariées.... »

Cet article, on le voit, est aussi général que possible, il comprend toutes les créances que la femme mariée peut avoir à exercer contre son mari considéré comme tel. Peu importe leur modalité ; quelles soient pures et simples ou conditionnelles, exigibles ou à terme, déterminées ou indéterminées, elles sont toutes garanties au même titre par l'hypothèque légale.

L'article 2135 range sous quatre chefs les créances que la femme peut exercer contre son mari, nous verrons d'ailleurs que son énumération est incomplète.

1° La dot. — La femme peut exercer son hypo-

thèque légale pour sa dot toutes les fois qu'elle s'en est expressément ou implicitement réservé la reprise. Son action en restitution lui appartient alors même que d'après le contrat de mariage c'est un tiers qui a dû recevoir la dot et que ce tiers l'a effectivement reçue.

Le code définit la dot : « Le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Ces expressions très-larges nous paraissent comprendre aussi bien la dot immobilière que la dot mobilière. Toutefois quand la femme est mariée sous le régime dotal des auteurs ont refusé à la femme l'exercice de l'hypothèque légale comme garantie de la restitution des immeubles dotaux. L'inaliénabilité, dit-on, est de l'essence de ce régime, les époux qui l'adoptent manifestent leur volonté de conserver en nature la fortune immobilière de la femme, le contrat de mariage est un pacte sacré auquel les conjoints, même d'un commun accord, ne doivent pas pouvoir se soustraire. L'exercice de l'hypothèque constituerait d'ailleurs une violation flagrante des droits légitimement acquis par les tiers sur les biens du mari, sous la foi du contrat de mariage.

Nous rejetons ce système qui concorde mal avec les expressions très-générales de l'article 2121. La femme a le choix ou d'intenter l'action révocatoire, ou d'exercer son hypothèque pour le prix de vente, car la femme « hypothèque pour ses *droits* ce qui comprend aussi bien les créances pour

aliénations d'immeubles que pour dilapidation de valeurs mobilières. De plus, l'article 2121 ne distingue pas suivant les régimes sous lesquels la femme est mariée. Toutefois, nous reconnaissons que si elle exerce son option pour l'indemnité avant la dissolution du mariage, par exemple après la séparation de biens, elle aura toujours le droit de revenir sur cette option qui constitue une aliénation de la dot immobilière, or, ce n'est qu'après la dissolution du mariage que la dot immobilière cesse d'être inaliénable.

Il est bien entendu d'ailleurs que la femme n'est admise à faire valoir son hypothèque légale, qu'à la condition de justifier, d'une manière régulière, de l'existence des droits et créances à raison desquelles elle entend l'exercer. Cette justification sera facile quant aux immeubles ; pour les meubles et valeurs mobilières, la femme doit produire un inventaire ou un état en bonne forme, ou encore une quittance du mari, sans qu'il soit nécessaire que ces actes aient acquis date certaine. Ajoutons en ce qui concerne spécialement la femme mariée sous le régime dotal, qu'elle pourra réclamer sa dot sans être tenue à en prouver le paiement ou la délivrance, par le seul fait que dix ans se sont écoulés depuis l'époque où la dot a dû être reçue (1569).

2° Donations et successions. — La femme mariée peut encore invoquer son hypothèque pour le recouvrement des droits et créances qui lui ap-

partiennent à raison des successions et donations à elle échues au cours du mariage.

La loi s'est même montrée plus facile ici que dans l'hypothèse précédente quant à la preuve des reprises dont la femme réclame le montant. Cette preuve peut se faire par témoins ou par commune renommée, au moins en ce qui concerne le mobilier advenu à la femme au cours du mariage et dont la consistance n'aurait pas été constatée par un inventaire.

3° Remploi des propres aliénés et indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari. — Nous n'avons pas à nous en occuper pour le moment, qu'il nous suffise de dire que les créances découlant de ces deux chefs sont également garanties par l'hypothèque.

4° Conventions matrimoniales. — On comprend sous cette appellation les avantages stipulés dans le contrat de mariage, au profit de la femme ou de ses héritiers. Tels sont les donations de biens présents, les gains de survie, le préciput conventionnel. Observons toutefois qu'il ne peut y avoir hypothèque que là où il y a dette contre le mari. Par exemple, si le préciput conventionnel doit être pris par une femme commune sur les biens de communauté, ce qui est le cas le plus ordinaire, la femme ne pourra exercer de ce chef aucune hypothèque contre son mari, pas plus qu'elle ne pourrait intenter contre lui une action hypothécaire, parce que des créanciers de la com-

munauté lui auraient enlevé tout ou partie des biens qui lui avaient été dévolus dans la liquidation. Elle n'était point en effet créancière de l'émolument qu'elle avait obtenu dans le partage des valeurs communes, or, la créance est la condition *sine qua non* de l'hypothèque. En revanche, dès qu'une créance contre le mari existe, l'hypothèque la garantit. Ainsi nous donnerons hypothèque à la femme comme garantie de la donation que le mari lui aurait faite par contrat de mariage, d'une somme à prendre sur le plus clair des biens existants à son décès. De même, l'hypothèque garantira une institution contractuelle portant sur tout ou partie des immeubles du mari. Si le mari avait disposé à titre gratuit ses immeubles compris dans la donation, la femme aurait à la fois l'action révocatoire contre le donataire et l'hypothèque contre la succession.

Remarquons cependant que le mari ayant conservé, malgré l'institution contractuelle ou la donation que nous avons supposée précédemment, le droit de disposer de ses biens à titre onéreux, la femme ne pourra exercer son hypothèque en pareil cas à l'encontre des tiers acquéreurs ou des créanciers hypothécaires.

Les avantages éventuels que la loi, en l'absence de toute stipulation, confère à la femme survivante sur les biens du mari, sont réputés écrits dans le contrat de mariage et sont sanctionnés par l'hypothèque légale. Tels sont le deuil de la

veuve, art. 1484, les aliments que la femme mariée sous le régime dotal peut exiger des héritiers du mari en renonçant pendant l'année aux intérêts de sa dot, art. 1570. La preuve que ces avantages ne sont au fond que des conventions matrimoniales tacites, c'est que les époux pourraient y renoncer par une clause expresse du contrat de mariage. Le même caractère n'appartient pas à la dette alimentaire impérativement établie par la loi, aussi refuse-t-on généralement le secours de l'hypothèque légale à la femme qui l'invoque. Il nous semble plus conforme à la loi de la lui accorder, car la dette alimentaire est certainement un droit que la femme peut exercer contre son mari considéré comme tel. Peu importe donc que ce droit puisse ou non rentrer dans les classifications de l'art. 2135, si on peut invoquer pour lui le principe général écrit dans l'art. 2121. Au surplus il est d'autres créances qui sont sanctionnées par l'hypothèque quoique placées en dehors de l'art. 2135. Telles sont les condamnations que la femme a obtenues contre son mari sur une demande en séparation de corps ou de biens, sur un refus d'autorisation maritale, ou dans une instance en liquidation des droits et reprises de la femme. L'hypothèque légale garantit encore, et ici en vertu de l'art. 2135, les créances de la femme contre son mari administrateur des biens dotaux et même des paraphernaux si le contrat de mariage lui en a confié la gestion. Si le contrat

de mariage est muet sur l'administration des paraphernaux et que ces biens aient été en fait gérés par le mari soit en vertu d'une procuration expresse, soit en vertu de la simple tolérance de la femme, des auteurs ont refusé l'hypothèque à la femme du chef de cette gestion. Cette opinion se fondait sur l'art. 1577 qui en pareil cas assimile le mari à un mandataire. C'est là une erreur. L'art. 1577 s'est occupé d'une simple question de responsabilité, mais il a laissé intacte la question d'hypothèque.

CHAPITRE III.

SUR QUELS BIENS S'ÉTEND L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME MARIÉE.

C'est encore l'art. 2121 qui fixe l'assiette de l'hypothèque légale. Elle s'étend sur tous les immeubles qui appartiennent au débiteur ou qui lui écherront dans la suite. Elle est donc générale et c'est un des attributs qu'on lui a le plus souvent reprochés. Comprend-elle les biens que le mari acquiert après la dissolution du mariage? Sans aucun doute, l'art. 2121 est formel, et déjà dans l'ancien droit Loysel disait « générale hypothèque comprend les biens présents et à venir, non ceux des hoirs. » Cette hypothèque subit l'influence des modalités dont la propriété est affectée aux mains du débiteur. Si celle-ci est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, la charge hypothécaire est elle-même subordonnée à l'événement, art. 2125. Toutefois il est deux cas où, par dérogation aux principes, l'hypothèque de la femme persiste sur un immeuble dont la propriété

s'est évanouie aux mains du mari, art. 952.
« L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisaient pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. » Cet article est purement déclaratif de la volonté des parties, le donateur pourrait donc dans la donation étendre ou restreindre et même supprimer complètement le recours de la femme sur les biens donnés. Si rien n'a été dit à ce sujet la femme ne pourra se faire payer sur les biens donnés que si la donation a été faite dans son *contrat de mariage*. Son recours ne pourra s'exercer que pour la dot et conventions matrimoniales et seulement en cas d'*insuffisance* des biens du mari qu'elle devra préalablement discuter.

Une deuxième exception au principe de l'article 2125 est écrite dans l'art. 1054. Cet article établit également un recours subsidiaire de la femme sur les biens donnés à son mari avec charge de substitution. Ce recours ne pourra être exercé que pour le capital des deniers dotaux et dans le cas où le testateur ou donateur l'aurait expressément accordé. Il est généralement admis que les termes de l'art. 1051 doivent être inter-

prétés restrictivement et que sa disposition ne saurait être étendue.

L'hypothèque légale étant générale frappe l'immeuble acquis par le mari dans un échange ; disparaît-elle alors sur l'immeuble cédé ? On l'a soutenu en vertu de la maxime *Subrogatum capit naturam subrogati*. Il y a substitution d'une valeur à une autre dans la fortune du mari, les charges réelles qui grevaient l'une sont reportées sur l'autre. Cette solution n'avait pas prévalu dans notre ancienne jurisprudence, et malgré son apparente équité elle ne doit pas être suivie aujourd'hui. En effet un immeuble frappé d'hypothèque n'en est pas affranchi par cela seul qu'il sort des mains du mari, la charge qui l'affecte le suit entre les mains du nouveau possesseur et n'est éteinte que par le paiement ou la purge. Notre espèce ne diffère pas de la vente consentie par le mari et immédiatement suivie de l'acquisition d'un autre immeuble des deniers provenant de la vente. Or personne ne doute que l'hypothèque ne grève en pareil cas et l'immeuble vendu et l'immeuble acheté.

Nous arrivons maintenant à l'une des questions les plus délicates et les plus controversées de notre matière. L'hypothèque légale s'étend-elle sur les conquêts de communauté ?

Si la femme créancière pour ses reprises, par exemple, ne se trouve en concours qu'avec des créanciers chirographaires, tout le monde admet

qu'elle doit les primer, car elle a tout au moins sur le lot échu à son mari l'hypothèque légale que lui confère l'art. 2122. Ne faut-il pas aller plus loin et lui reconnaître le même droit vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à elle et vis-à-vis des acquéreurs des immeubles de communauté?

Plusieurs opinions se sont produites. Une première opinion refuse toujours l'hypothèque. Une deuxième opinion distingue suivant que la femme a accepté ou refusé la communauté. Enfin un troisième système auquel nous nous rangeons, rejette cette distinction et accorde toujours l'hypothèque à la femme commune.

A l'appui de la première opinion on dit que la renonciation de la femme a bien pour effet de la dégager des obligations dont elle est tenue comme commune en biens, mais qu'elle ne saurait anéantir rétroactivement l'existence même de la communauté. Le mari, soit qu'on le considère comme chef de la communauté, soit qu'on le considère comme mandataire de la femme, a reçu les plus larges pouvoirs d'administration et de disposition; il a pu *hypothéquer* les immeubles de la femme, il a pu les *aliéner* (art. 1421), la femme ne peut, par une renonciation faite après coup, enlever toute efficacité aux actes légitimement passés par son mari. Les effets de la société conjugale peuvent être résolus pour l'avenir en ce sens que les créanciers de communauté n'acquièrent pas de

créance contre la femme, mais ils doivent être maintenus dans le passé.

Ce système n'a pas trouvé beaucoup d'adhérents malgré les arguments très-solides sur lesquels il s'appuie. Il a contre lui l'ancienne jurisprudence. Il sanctionne vis-à-vis de la femme une injustice. Il est certain en effet que tous les créanciers du mari peuvent, durant la communauté, acquérir une hypothèque sur les biens communs; une exception injustifiable aurait donc été créée pour la femme qui cependant mérite à tant de titres les faveurs de la loi.

Le deuxième système semble plus équitable. La femme commune a une hypothèque qui est opposable, même sur les biens de communauté aux créanciers hypothécaires postérieurs en date, mais cette hypothèque est subordonnée à une condition, la renonciation de la femme. Si la femme accepte, elle est censée par cela même ratifier les actes de son mari, elle ne peut par conséquent exercer son hypothèque au mépris des droits concédés par lui. Si elle eût accédé expressément à l'établissement de ces droits, nul doute qu'ils ne lui fussent entièrement opposables, l'acceptation de la communauté produit le même effet que le concours de la femme aux ventes et constitutions d'hypothèques. Il est si vrai que la femme acceptante est censée avoir été représentée par son mari dans tous les actes de gestion de la communauté qu'elle est tenue par moitié de dettes communes.

Si elle n'en est pas tenue en cas de renonciation, ce n'est que par suite de l'application d'un vieux brocard. « La femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune. » Cette fiction introduite pour des motifs de faveur, est virtuellement repoussée par la femme qui accepte.

La jurisprudence après avoir longtemps hésité, paraît s'être décidément fixée dans le sens de cette opinion. Nous croyons devoir la rejeter.

Quand la communauté est dissoute, la femme se présente comme copartageante et comme créancière. En tant que copartageante elle est l'ayant cause du mari, elle est tenue pour moitié des obligations qu'il a contractées comme administrateur des biens communs, sauf le bénéfice que lui confère l'article 1483. Comme créancière elle a droit au recouvrement des biens qui ne sont entrés en communauté de son chef qu'à charge de récompense, et pour l'exercice de ces reprises elle peut invoquer son hypothèque légale. Elle peut l'invoquer sur les biens du mari, elle peut aussi l'invoquer sur les biens de communauté. Il est en effet de principe que les hypothèques générales sur les biens du mari s'étendent sur les biens de communauté. Il en est ainsi de l'hypothèque dérivant d'une tutelle ou d'une condamnation prononcée contre le mari. Faut-il dire que la femme a été de pire condition que les autres créanciers? Assurément non, la loi si préoccupée de ses intérêts n'a pu édicter contre elle une ex-

ception sans précédent, mais cela ne fait-il pas doute. Toute la difficulté y est sous l'acceptation de la communauté par la femme.

Cette acceptation est, dit-on, une ratification des actes du mari auxquels la femme désormais est censée avoir parlé. Elle ne peut donc méconnaître en exerçant son hypothèque un autre droit d'hypothèque qu'elle vient par son acceptation d'approuver expressément.

Cette théorie va au delà d'une exacte appréciation des faits, elle oublie que les renonciations ne se présument pas, quand elle fait découler la renonciation à l'hypothèque d'un acte qui n'a nullement de caractère. Qu'a voulu la femme en acceptant? Manifester sa volonté de participer aux chances de gain qu'offrira la liquidation de la communauté. A-t-elle voulu ratifier les actes de son mari? Nullement. L'article 1421 confère au mari les pouvoirs les plus larges; en tant que le mari n'a pas excédé les limites de son mandat, les actes qu'il a passés sont inattaquables, l'acceptation ou la renonciation de la femme sont indifférentes à leur validité, et ne sauraient influencer sur l'existence de l'hypothèque légale qui encore une fois a été concédée à la femme en tant que créancière et non en tant que commune.

Quel sera l'effet de cette hypothèque? Il faut distinguer :

1° Lorsqu'elle s'exerce sur les biens du mari elle permettra à la femme de primer les créan-

ciers hypothécaires et d'évincer les acquéreurs des immeubles, si les ventes et hypothèques sont postérieures à l'hypothèque légale.

2° Sur les biens de communauté qui ont été aliénés, la femme pourra-t-elle invoquer aussi son hypothèque? La négative est soutenue. Elle argumente ainsi : La femme ayant accepté la communauté est tenue de la garantie envers l'acquéreur qu'elle veut évincer, celui-ci peut donc s'opposer à l'éviction en vertu de la maxime *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. En vain objecterait-on que la femme n'étant tenue que pour moitié des dettes de communauté peut poursuivre l'acquéreur sur la moitié de l'immeuble. Cet acquéreur répondrait victorieusement à la poursuite en invoquant l'indivisibilité de l'exception de garantie.

Malgré la force de cette argumentation, nous pensons que la femme peut, si elle a fait inventaire, évincer l'acquéreur en lui abandonnant l'émolument qu'elle a retiré de la communauté. L'héritier bénéficiaire le poursuit certainement, la femme est dans la même situation que lui. En vain objecte-t-on que l'héritier n'est tenu que *propter rem*, tandis que la femme est tenue dans les limites de son émolument, c'est vrai, mais qu'elle est tenue sur ses propres biens. Je réponds qu'au fond, c'est là être tenu *propter rem*; seulement cette *res*, c'est la valeur des objets obtenus par le partage, au lieu d'être ces objets eux-

mêmes; mais au fond les articles 1488 et 802 découlent du même principe et doivent amener les mêmes résultats.

3° La femme peut-elle se prévaloir de son hypothèque sur la portion de biens communs qui lui est échue? Il faut distinguer. La femme peut posséder ces biens à deux titres différents : ou comme lui ayant été attribués en compensation de ses créances sur la communauté et en vertu de l'article 1470, ou comme lui revenant pour sa part de communauté. Quant à ces derniers, la femme ne peut pas se prévaloir de son hypothèque, puisque (art. 1482 et 1483) la femme doit payer les créanciers sur sa part de communauté et même au delà si elle n'a fait inventaire. Il y a même plus, je dis qu'elle n'a pas à s'en prévaloir, puisque nous supposons qu'il s'agit de sa *part* de communauté, ce qui implique forcément que la femme a été remboursée en argent ou en immeubles de tous ses droits et créances. Au contraire, sur les biens que la femme délient en vertu de l'article 1470, je l'admettrais à se prévaloir de son hypothèque. En vain objecte-t-on que ces biens appartiennent à la femme et qu'elle ne saurait avoir hypothèque sur elle-même. Les effets de la confusion sont uniquement le résultat de l' inutilité du concours de certains droits sur une même tête, mais ces effets cessent dès qu'il y a un intérêt sérieux à ce que les droits éteints par confusion renaissent ou survivent au profit du titulaire.

Les créances de la femme sont la cause première de la dévolution de propriété qui lui a été faite en vertu de l'article 1470; elles revivent si des créanciers hypothécaires de la communauté veulent lui enlever les biens reçus. Ou, si l'on veut, l'attribution de ces immeubles à la femme n'a été qu'une dation en paiement à laquelle on a, pour des motifs particuliers, appliqué l'effet déclaratif du partage, les créanciers communs veulent se saisir des biens au mépris de la dation en paiement, la créance de la femme renaît, et avec elle l'hypothèque qui lui sert de garantie.

La situation de la femme est absolument identique à celle d'un créancier qui a acheté l'immeuble sur lequel il avait hypothèque. Les autres créanciers hypothécaires peuvent saisir et faire vendre l'immeuble, mais alors il viendra au concours avec eux sur le prix. Ce sera aussi le droit de la femme.

La doctrine qui laisse subsister l'hypothèque légale sur la portion de biens dévolue à la femme, présente encore un grand intérêt pratique lorsque la femme a subrogé au cours du mariage à son hypothèque légale. Elle permettra au subrogé de faire valoir son hypothèque, même dans la théorie de ceux qui pensent que subrogation n'est, ni une cession de créance, ni une délégation, mais une simple mise en gage de la créance de la femme.

CHAPITRE IV.

RESTRICTION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE EN CAS DE FAILLITE DU MARI.

Le droit accordé à la femme de se prévaloir de son hypothèque légale sur les conquêts de communauté à l'encontre des créanciers du mari était devenu, peu de temps après la confection du Code, la source d'abus criants. Un commerçant se mariait sous le régime de communauté en assurant à sa femme des avantages matrimoniaux considérables. Au cours du mariage il cherchait à grossir le chiffre de ses reprises, et en même temps il acquérait avec l'argent de ses créanciers des immeubles qui tombaient en communauté. Puis, par une banqueroute savamment combinée, il frustrait les créanciers en conservant les immeubles sur lesquels sa femme exerçait son hypothèque pour reprises et avantages matrimoniaux préférablement aux droits hypothécaires consentis par son mari.

Une réforme était nécessaire, aussi le Code de commerce de 1807 restreignit-il en cas de faillite l'étendue de l'hypothèque légale de la femme, soit quant aux immeubles sur lesquels elle pourrait s'exercer, soit quant aux créances qu'elle serait appelée à garantir. Voyons d'abord la restriction relative à l'assiette de l'hypothèque. On décida (art. 551, 552, 553, A. Com.) qu'elle ne pourrait frapper que les immeubles appartenant au mari au jour du mariage toutes les fois que le mari aurait été commerçant à cette époque ou le serait devenu dans l'année. Le fils de commerçant était assimilé au commerçant lui-même si, sans profession au jour du mariage, il embrassait plus tard celle de son père.

Ces dispositions, provoquées par le scandale des banqueroutes qui avaient marqué le commencement de ce siècle, avaient dépassé le but qu'elles voulaient atteindre. Sans doute la femme ne devait pas avoir hypothèque sur les biens acquis à titre onéreux qui peuvent avoir été payés des deniers des créanciers du mari, mais il était injuste de soustraire à l'hypothèque légale les immeubles advenus au mari à titre gratuit par succession et donations pour lesquels la même présomption de fraude ne pouvait pas s'élever. C'est dans ce sens que fut modifié le Code de commerce de 1838. La restriction à l'hypothèque légale sur les biens du failli fut encore limitée au cas où la femme aurait épousé un commerçant, ou celui qui, sans

profession déterminée au jour du mariage, serait devenu commerçant dans l'année, article 563, C.

L'article 563 s'exprime en termes généraux; aussi pensons-nous qu'il pourra être invoqué aussi bien par l'acquéreur d'un immeuble du failli que par ses créanciers chirographaires.

Pourra-t-il être invoqué par les créanciers hypothécaires? La négative a été enseignée. Suivant plusieurs auteurs, les créanciers hypothécaires ne peuvent pas, comme tels et en leur propre nom, se prévaloir des dispositions de l'article 563; ils n'y sont exceptionnellement admis, qu'autant que l'exercice de l'hypothèque légale de la femme porterait préjudice à la masse chirographaire. Nous ne pouvons admettre une pareille distinction dont l'article 563 n'offre pas de traces.

On s'est demandé si la femme pourrait exercer son hypothèque sur l'immeuble dont le mari était copropriétaire au moment du mariage et dont il s'est rendu adjudicataire sur licitation. La raison de douter vient de l'art. 883. Toutefois nous pensons que la fiction de l'effet déclaratif du partage ne saurait prévaloir ici contre la réalité des faits. Le motif pour lequel l'art. 563 refuse l'hypothèque à la femme sur les immeubles acquis à titre onéreux vient de la présomption que ces immeubles ont été payés avec l'argent des créanciers. Cette présomption doit avoir autant de force quand il s'agit de l'acquisition de portions indivises d'un immeuble, que lorsqu'il s'agit de

l'acquisition de la pleine propriété. Nous donnerions la même décision s'il s'agissait d'un immeuble échu au mari dans le partage d'une succession et qu'il eût donné une soulte pour en conserver la propriété, mais nous ne pouvons en dire autant si les autres cohéritiers ont été remplis de leur part en valeurs héréditaires; l'effet déclaratif reprend alors tout son empire puisque la présomption de fraude, fondement de l'art. 563 C., ne trouve plus sa place, aussi notre solution ne changerait pas par cela seul que le mari aurait reçu dans son lot une part d'immeubles plus forte que ses cohéritiers.

Ces principes trouveront leur application lorsque le mari aura acquis un immeuble par voie d'échange. La femme sur l'immeuble nouvellement acquis pourra exercer son hypothèque au détriment des créanciers. Toutefois, si le mari avait payé une soulte, les principes d'équité, qui nous semblent dominer cette matière, obligeraient la femme à abandonner sur l'immeuble une somme égale à la soulte payée par son mari. De même, et malgré l'art. 2133, la femme devra verser dans la masse la plus-value résultant sur les immeubles affectés à son hypothèque des constructions ou améliorations postérieures au mariage. La somme dont la femme pourra se trouver redevable de ce chef ne pourra jamais excéder le total des dépenses faites sur l'immeuble.

Les art. 563 et 564 C. restreignent également

en cas de faillite l'étendue de l'hypothèque quant aux créances pour lesquelles elle s'exerce. Ainsi les avantages accordés à la femme par son contrat de mariage ne sont point garantis par l'hypothèque. Par une juste réciprocité les créanciers ne pourraient du chef de leur débiteur poursuivre la femme pour de pareils avantages stipulés au profit du mari.

Avant 1838 la femme ne pouvait pas exercer son hypothèque pour les deniers et effets mobiliers qui lui étaient échus après le mariage par succession ou donation, elle ne pouvait même l'invoquer pour sa dot qu'à la charge d'en prouver l'apport par acte authentique.

Ces rigueurs ont été adoucies, l'hypothèque pourra être exercée pour la dot et les deniers et effets mobiliers donnés à la femme à titre gratuit depuis le mariage à la condition d'en prouver la délivrance ou le paiement par un acte ayant date certaine. La Cour de cassation admet même que si le contrat de mariage constatant la valeur de l'apport promis, portait que la célébration du mariage vaudra quittance, la femme serait autorisée à faire valoir son hypothèque. Cette solution nous semble hardie; en tous cas, ne pensons pas que la femme pût se prévaloir contre la masse de la faillite du bénéfice de l'art. 1569.

En l'absence de tout acte ayant date certaine ou pouvant en tenir lieu, on autorise généralement la femme à se présenter dans la masse comme

créancière chirographaire à la charge de justifier du montant de ses reprises suivant le mode ordinaire. Le même droit ne lui est pas accordé en ce qui concerne les avantages matrimoniaux. L'art. 564, qui s'en occupe, dit expressément que la femme ne pourra exercer *aucune action* pour ce chef, tandis que l'art. 563 qui s'occupe de la dot parle seulement de l'exclusion de l'hypothèque légale.

Il est deux autres classes de créances pour lesquelles la femme conserve la plénitude de son hypothèque, ce sont le emploi des propres aliénés et l'indemnité des dettes que la femme peut avoir contractées avec son mari. Cependant l'exercice de l'hypothèque pour ce dernier chef rencontre parfois des difficultés à raison des circonstances et de l'époque où la créance de la femme a pris naissance.

Supposons qu'une femme dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements ait accédé à une dette antérieurement contractée par son mari, cette femme pourra-t-elle se prévaloir contre la masse de son hypothèque légale comme garantie de la dette qu'elle a acquittée? On voit tous les périls de l'affirmative, elle permet au failli de violer indirectement l'art. 446 qui annule les hypothèques judiciaires ou correctionnelles constituées dans les dix jours qui précèdent la faillite.

Aussi la négative a-t-elle rencontré beaucoup

d'adhérents. L'hypothèque de la femme, dit-elle, n'est pas un droit unique, mais elle se décompose en une série d'hypothèques partielles garantissant individuellement chaque créance de la femme; la preuve, ajoute-t-on, c'est que l'hypothèque légale, comme nous le verrons bientôt, n'a pas une date unique. Il est donc vrai de dire dans l'espèce que la femme acquiert, en s'engageant vis-à-vis du créancier, une hypothèque nouvelle sur les biens de ce dernier. C'est donc une véritable hypothèque conventionnelle qui tombe sous le coup de l'art. 446 du Code de commerce.

L'argumentation est sérieuse, elle ne nous convainc pas. Il est inexact en effet de dire que l'engagement de la femme fait naître une hypothèque se rattachant à une créance antérieurement contractée. La créance de la femme contre le mari naît, éventuellement au moins, du jour de l'obligation que la femme a souscrite, l'hypothèque se rattache à cette créance et prend sa date du jour de l'engagement. Pour soutenir qu'elle tombe sous le coup de l'art. 446 il faudrait qu'elle se rattachât non à la créance de la femme, mais à la créance de Titius, si nous appelons Titius le créancier primitif. Or l'hypothèque se rattache si peu à la créance de Titius que la femme ne pourra se prévaloir de ses droits hypothécaires qu'alors que la créance de Titius sera éteinte. Jusque-là, n'ayant rien déboursé pour son mari, la femme ne peut rien réclamer contre lui. De ce qui pré-

cède nous pouvons conclure que l'hypothèque née de l'engagement de la femme ne doit point tomber sous la censure du Code de commerce.

Avant de terminer sur l'hypothèque légale qui compète à la femme du failli, il nous reste à dire un mot sur les questions transitoires que la réforme du Code de commerce en 1838 a fait naître.

Supposons qu'une femme s'est mariée à un commerçant avant 1838. Après cette époque, le commerçant tombe en faillite. Comment se régleront les prétentions rivales de la femme et des créanciers sur les immeubles advenus au failli à titre gratuit ? D'abord, il est certain que la femme primera les créanciers chirographaires. Ceux-ci, en effet, n'ont aucun droit réel sur les immeubles de leur débiteur ; la femme au contraire, a une hypothèque qui date tout au moins sur les biens ~~a~~ acquis à titre gratuit de la réforme du Code de commerce ; quant aux créanciers hypothécaires, il faut distinguer : leur hypothèque est-elle postérieure à 1838, ils seront primés par la femme à qui la loi a conféré une hypothèque à cette date. Leur hypothèque est-elle antérieure à 1838, ils primeront la femme qui n'a pu recevoir du législateur une hypothèque que pour l'avenir, et sauf les droits acquis aux tiers. Le préambule de la loi de 1838 ne laisse aucun doute à cet égard. Aussi nous étendrons notre solution même aux créanciers qui ont obtenu une hypothèque judiciaire et

qui s'en prévalent sur un immeuble acquis par succession au mari après 1838. On pourrait objecter que cette hypothèque n'a point au jour de sa constitution d'assiette fixe, qu'elle ne frappe les biens à venir que tels qu'ils se comporteront, et que la loi qui aurait pu sans encourir le reproche de rétroactivité soustraire toute une classe de biens à l'hypothèque judiciaire, a bien pu aussi constituer au détriment de cette hypothèque un droit de préférence au profit de la femme. Sans doute la loi qui est souveraine, l'aurait pu ; mais nous ne croyons pas qu'elle l'ait voulu. Son préambule rappelle et affirme le principe de la rétroactivité ; or, ce principe serait violé si le droit hypothécaire du créancier à hypothèque judiciaire, droit indéterminé quant à son étendue définitive, mais irrévocable quant à son titre, était primé par le droit hypothécaire de la femme.

Les Tribunaux, peu après la confection du Code, eurent à s'occuper de questions analogues. Une femme s'était mariée, par exemple, sous l'empire d'une coutume qui lui conférait hypothèque pour toutes ses créances à la date du mariage. En 1806 elle contracte avec son mari un engagement solidaire. La Cour de cassation a plusieurs fois décidé que la femme, malgré l'article 2135 2° (*V.* chap. VI) pouvait, pour l'indemnité de la dette qu'elle avait acquittée, primer sur les biens du mari les créanciers hypothécaires antérieurs à l'obligation de la femme.

CHAPITRE V.

RÉDUCTION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

En dehors du Code commercial, nous trouvons au Code civil des cas où l'hypothèque légale de la femme mariée est restreinte dans son étendue; mais ici, à la différence des hypothèses précédentes, la réduction s'opère sans distinction de l'origine des immeubles, et elle dérive non de la volonté de la loi, mais du consentement des parties.

Nous distinguerons la réduction antérieure au mariage, et la réduction qui s'effectue au cours du mariage.

1° *Réduction antérieure au mariage.* — Les futurs conjoints peuvent, par contrat de mariage, restreindre l'hypothèque légale à certains immeubles déterminés. Cette réduction peut avoir lieu de deux manières, soit en déterminant limitativement les immeubles qui demeureront affectés à l'hypothèque, c'est la méthode de spécialisation



que prévoit la loi, soit en dégrevant certains biens de l'hypothèque d'où vient le nom de méthode de dégrèvement. L'hypothèque conserve alors son caractère de généralité et elle frappe les biens à venir, tandis que par la méthode de spécialisation, on fixe immédiatement et d'une manière définitive l'assiette de l'hypothèque. On pourrait convenir que l'hypothèque, réduite dans son étendue en tant qu'elle garantit tel ou tel droit de la femme, par exemple, le droit de reprendre ses apports, conservera son caractère de généralité lorsqu'elle assurera à la femme le recouvrement de toutes autres créances sur son mari, mais on ne pourrait convenir que les immeubles du mari seront complètement affranchis de toute charge hypothécaire du chef de la femme.

La validité de la réduction est soumise à trois conditions : la majorité de la future épouse, son consentement, la suffisance des biens auxquels on restreint l'hypothèque. Toutefois la nullité pour violation de la troisième condition, ne sera jamais prononcée que sauf les droits valablement acquis par les tiers depuis le mariage.

Réduction au cours du mariage. — L'art. 2143 statue sur la demande en réduction formée par le mari au cours du mariage. Cette demande doit être portée au tribunal du domicile commun et dirigée contre le ministère public. Elle ne peut être admise que si la femme est majeure et consentante. Elle serait rejetée sans examen si l'hy-

pothèque avait déjà été réduite par contrat de mariage. Le mari doit prouver que cette hypothèque excède notoirement les sûretés nécessaires à la protection de la femme, il doit faire accompagner sa demande d'un avis des quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille. Cet avis ne saurait d'ailleurs enchaîner la décision du tribunal. Il ne s'agit point ici d'un jugement d'homologation, mais d'un jugement rendu en matière contentieuse après débats contradictoires avec le ministère public. Ce jugement est toujours susceptible d'appel, il prononcera, s'il y a lieu, la radiation des inscriptions prises sur les immeubles dégrevés. Il n'est pas d'ailleurs absolument définitif; si la perte d'un immeuble du mari ou l'advection à la femme d'une succession ou donation rendait insuffisantes les sûretés hypothécaires qui ont été conservées, on pourrait toujours revenir au principe de la généralité de l'hypothèque, sauf, bien entendu, les droits acquis au tiers depuis la réduction.

CHAPITRE VI.

DATE DE L'HYPOTHÈQUE DES FEMMES MARIÉES.

Dans l'ancien droit l'hypothèque légale de la femme mariée remontait pour toutes les créances indistinctement au jour du mariage, et même si un contrat de mariage avait été fait, l'hypothèque prenait rang au jour de ce contrat. Des auteurs se fondant sur ces précédents, ont soutenu que, même depuis le Code civil, la date de l'hypothèque serait celle du contrat de mariage. Les art. 952 et 2195 donnent, il faut l'avouer, à cette opinion une grande force. On peut alléguer, c'est vrai, que l'art. 2195 parlant de contrat de mariage, a pu vouloir désigner l'acte de délibération, mais cette explication n'est pas admissible pour l'art. 952.

Toutefois ces deux articles ne s'occupent de la date de l'hypothèque que d'une manière incidente, la solution qu'ils comportent ne doit pas être suivie, car elle n'est pas d'accord avec l'art.

2135 fondamental dans notre matière. Si l'ancien droit accordait une hypothèque à la date du contrat du mariage, c'était là une conséquence du principe que tous les actes notariés emportaient l'hypothèque. Ce principe a été rejeté par le Code civil, ses conséquences doivent tomber avec lui. L'hypothèque légale découle du mariage, l'effet ne saurait précéder la cause. Cette hypothèque étant d'ordre public, les parties ne pourraient par une convention expresse modifier la date que la loi lui assigne, mais elles pourraient établir une hypothèque conventionnelle en se conformant aux règles des art. 2127 et S.

Dans le projet de Code comme dans l'ancien droit toutes les créances de la femme étaient garanties par l'hypothèque à la date du mariage. Cette date unique avait des inconvénients que Lamignon avait signalés et que le tribunat rappela. Elle permettait au mari et à la femme d'accord de soustraire au gage des créanciers des immeubles sur lesquels le mari avait consenti des hypothèques postérieures au mariage. Il suffisait pour cela à la femme, soit de contracter des dettes avec son mari, soit de consentir à l'aliénation de ses propres, puis de se prévaloir sur les immeubles de son époux de son hypothèque légale remontant au jour du mariage.

C'est pour mettre un terme à ces abus que l'art. 2135 a été fait, il a voulu concilier les intérêts et les droits des tiers avec la protection due à la

femme. L'hypothèque prendra rang du jour du mariage pour toutes les créances qui sont nées de ce jour et que les tiers ont par conséquent pu prévoir en consultant le contrat de mariage. Au contraire toute créance postérieure au mariage, ne sera garantie qu'à sa date sur l'hypothèque légale. Ainsi la dot et les conventions matrimoniales emportent l'hypothèque du jour du mariage. Il en sera ainsi des créances de la femme contre son mari pour administration des biens dotaux et même des paraphernaux si cette administration a été concédée au mari par contrat de mariage. Si elle ne lui avait été confiée que par une procuration postérieure l'hypothèque ne prendrait rang que du jour de la procuration source des créances. Elle ne prendrait rang que du jour où ces créances elles-mêmes sont nées si le mari avait géré sans mandat. Ces principes s'appliquent indépendamment du régime matrimonial adopté. Nous avons d'ailleurs vu plus haut (chap. II) les créances qui entrent dans les conventions matrimoniales.

L'hypothèque légale ne remonte, pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues à la femme et de donations à elle faites pendant le mariage, qu'au jour de l'ouverture des successions et à celui où le mari est devenu responsable des valeurs comprises dans les donations.

Ainsi que le mari ait dissipé les valeurs dotales

d'une succession échue à sa femme, ou celles qu'il a obtenues sur l'exercice d'une action rescisoire comprise dans cette succession, qu'il ait dégradé les biens dotaux qui en dépendaient et dont son contrat de mariage lui assurait la gestion, l'hypothèque de la femme remontera pour ce chef à l'ouverture de la succession. Elle ne remontera « pour l'indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'au jour de l'obligation ou de la vente. » Cette dernière décision a fait naître des divergences parmi les auteurs. Plusieurs d'entre eux soutiennent que cette décision n'a pas été donnée pour le régime dotal. Ils disent que la femme a sous ce régime une hypothèque légale qui remonte pour le remploi de ses biens dotaux aliénés au jour du mariage. Ils argumentent du mot *propres* dont se sert l'art. 2135. Suivant eux, il faudrait limiter la décision de cet article au cas où c'est un propre de communauté qui a été vendu. — Il est vrai que cette expression *propres* a été principalement employée par le législateur à l'occasion du régime de communauté, faut-il en conclure qu'il lui est spécial? Nous ne le pensons pas; si le législateur s'en est servi souvent dans cette matière, c'est qu'il lui était commode pour accentuer la distinction entre les biens de la femme et les biens communs, mais il l'a fait sans parti pris. Nos adversaires eux-mêmes l'ont compris et ils ont fini par ad-

mettre que ce mot s'appliquait à tous les régimes, hormis le régime dotal. Cette exclusion nous semble peu motivée, *propre* est une expression générique sans signification précise comme le prouve l'emploi qu'en fait l'art. 1546 placé précisément dans le régime dotal.

On fait valoir aussi un argument de doctrine qui se résume ainsi : la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage; quand elle se transforme par l'aliénation des immeubles dotaux, cette transformation est un acte de la gestion conférée au mari par contrat de mariage; d'où la conséquence que l'hypothèque pour les sommes qui remplacent la dot primitive, ne saurait avoir un autre point de départ que celui de la gestion même. Ce raisonnement ne nous séduit pas, car il s'applique parfaitement au régime de communauté; et s'il était vrai, il prouverait trop. En vain se prévaut-on encore de l'inaliénabilité de la dot. Cette inaliénabilité engendre au profit de la femme une action réelle, l'action révocatoire; mais quand la femme exerce son hypothèque pour emploi d'un immeuble dotal aliéné, elle repousse précisément le principe de l'inaliénabilité, elle se soumet au droit commun, elle ne peut manquer et repousser à la fois le système de la dotalité.

Notre système au contraire se fonde sur la *ratio legis* : empêcher que la femme ne puisse en consentant à l'aliénation de ses immeubles pro-

pres, anéantir ou paralyser par l'effet de son hypothèque pour le prix de vente, des hypothèques antérieurement acquises sur les biens du mari, et prévenir ainsi les combinaisons frauduleuses concertées au préjudice des créanciers légitimes.

Toutefois, si le mari avait reçu, par contrat de mariage, pouvoir de vendre l'immeuble sans condition de emploi opposable aux tiers acquéreurs, la femme pourrait invoquer son hypothèque à la date du contrat de mariage.

Remarquons que l'hypothèque en général date du jour de l'aliénation, c'est-à-dire du jour où la créance est née, non du jour où le prix de vente a été versé, et cela est aussi vrai pour la vente des paraphernaux que pour la vente des propres de communauté ou des biens dotaux, au moins dans l'opinion qui applique l'art. 1450 quand il s'agit de la vente des paraphernaux.

Si le mari a encouru des condamnations au cours du mariage, à quelle date seront-elles garanties? Il faut distinguer : si ces condamnations se rattachent à une des classes de créances examinées ci-dessus, elles prendront la date de cette classe de créances. Si elles constituent des créances nouvelles et n'ayant pas leur source dans le contrat de mariage, elles sont garanties par une hypothèque datant du jour de leur naissance. Telles seraient par exemple les condamnations prononcées sur une demande en séparation de corps.

Quand des créances de la femme portent intérêt, ces intérêts, accessoires de la créance, sont garantis à la même date que le capital lui-même.

CHAPITRE VII.

INSCRIPTION ET PURGE DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

Nous avons dit que l'hypothèque légale de la femme mariée était dispensée d'inscription, tant en ce qui concerne le droit de préférence qu'en ce qui concerne le droit de suite. La femme pourra donc, sans inscription préalable, demander une collocation dans un ordre ouvert sur un immeuble du mari, agir par voie de surenchère en cas de purge du même immeuble ou même par voie de poursuite hypothécaire contre les tiers acquéreurs. On a contesté à la femme qui n'a point pris inscription, l'exercice de tous ces droits, mais nous croyons les objections mal fondées en présence des art. 2134, 2135 C. C. et 734 Pr. Nous ajouterons que la femme ou ses héritiers peuvent s'en prévaloir quel que soit l'immeuble sur lequel ils les invoquent, cet immeuble ne fût-il entré dans le patrimoine du mari que depuis la dissolution du mariage.

Toutefois remarquons que, si le Code civil reconnaît la validité de l'hypothèque indépendamment de l'inscription, son vœu est cependant que cette inscription soit effectuée. Il en confie le soin et même il en impose l'obligation à certaines personnes. Ainsi le mari est tenu de prendre inscription au nom de sa femme sur ses propres biens (art. 2136). « S'il avait consenti des hypothèques ou laissé prendre des privilèges sur ses immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale, il serait réputé stellionataire. » L'article ajoutait : « et serait comme tel contraignable par corps. » On sait que la contrainte par corps est aujourd'hui abolie. A défaut du mari la loi charge le ministère public du domicile commun ou de la situation de requérir l'inscription, mais en fait ce devoir est presque constamment négligé. La femme, ses parents et les parents du mari peuvent aussi faire inscrire l'hypothèque légale.

Le conservateur des hypothèques n'est pas tenu de déférer aux injonctions de toutes autres personnes, et s'il avait pris inscription d'office ou sur la réquisition d'un étranger, les parties intéressées seraient fondées à lui refuser le paiement de tous droits et salaires et même à l'actionner pour en faire ordonner radiation. Mais comme cette inscription n'est pas virtuellement nulle, les parties pourraient aussi la maintenir et l'invoquer à l'encontre des tiers.

Le conservateur peut donc demander au requérant de justifier de sa qualité et du mariage qui motive l'inscription. Il peut encore exiger que le requérant produise deux bordereaux signés de lui ou de son mandataire; l'un restera entre les mains du conservateur pour sa propre justification, l'autre sera rendu au requérant après que le conservateur aura certifié au bas de la pièce qu'il a inscrit sur les registres l'hypothèque de la femme.

Le conservateur n'est pas tenu de copier littéralement sur les registres le contenu aux bordereaux, mais sa responsabilité serait engagée si l'inscription était nulle et qu'il fût démontré qu'une reproduction exacte du bordereau constituerait une inscription valable.

Le conservateur doit avancer les frais d'inscription qu'il réclamera ensuite au mari. Cette inscription doit contenir : les noms, prénoms et profession du créancier et du débiteur ou leur désignation précise, leur domicile réel, le domicile élu par le créancier ou pour le créancier dans l'arrondissement, domicile que celui-ci peut toujours changer, l'indication des droits et créances à conserver et du montant des droits déjà déterminés, ce qui sera difficile à préciser au cours du mariage.

L'inscription est générale, elle frappe tous les immeubles compris dans un arrondissement, mais il est nécessaire de la requérir dans tous les arrondissements où le mari possède des immeubles.

Quoiqu'en règle générale l'hypothèque légale même non inscrite puisse être mise en mouvement, son inscription peut devenir indispensable dans deux cas : 1° en vertu de la loi de 1855 sur la transcription ; 2° en cas de purge.

1° *En vertu de la loi de 1855.* — Sous l'empire du Code civil la dispense d'inscription était perpétuelle ; c'était là, on peut le dire, une imperfection de la loi. Si l'état de dépendance où la femme est placée durant le mariage motive la dispense d'inscription, il n'en est plus de même quand le mariage est dissous. Aussi le législateur saisit-il avec empressement l'occasion que lui présentait en 1855 la loi sur la transcription pour combler cette regrettable lacune du Code civil. Il décida (art. 8) que « si la veuve ou ses héritiers n'ont pas pris inscription pour l'année qui suit la dissolution du mariage, leur hypothèque ne date à l'égard des tiers que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Bien que cet article paraisse ne prévoir que le cas où le mariage est dissous par le prédécès du mari, nous l'appliquons également au cas de prédécès de la femme. Faudra-t-il l'appliquer lorsque la femme laisse pour héritiers ses enfants mineurs qui sont placés sous la tutelle de leur père mari de la défunte ? Le motif de douter vient de l'opposition d'intérêts qui existera entre les enfants et leur tuteur ; on peut aussi argumenter du texte de l'art. 8 pour soutenir que la déchéance prononcée par cet

article ne doit pas s'appliquer dans notre espèce. Nous ne croyons pas pour notre part devoir nous arrêter à ces arguments. Il est de règle que le mineur n'est pas admis à se faire relever des déchéances qu'il encourt au regard des tiers par la négligence de son tuteur. Cela s'applique, alors même que ce dernier eût dû accomplir contre lui-même la formalité dont l'omission a emporté déchéance.

On a souvent comparé et assimilé avec juste raison l'inscription ordonnée par l'art. 8 à l'inscription prise en renouvellement d'une inscription ancienne. Dans l'un comme dans l'autre cas il s'agit non de prendre un rang hypothécaire, mais de le conserver; l'hypothèque est connue ou présumée telle, il faut en rappeler l'existence aux intéressés; aussi peut-on le faire malgré la faillite du débiteur ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession. Si le renouvellement n'était pas effectué dans les dix années de l'inscription primitive, l'hypothèque ne daterait plus à l'égard des tiers que du jour où il aura eu lieu. Tous les événements qui auraient pu empêcher l'inscription primitive de produire ses effets pourront être invoqués contre le renouvellement. Nous pouvons dire exactement la même chose de l'inscription de l'hypothèque légale qui n'aurait pas été prise dans l'année de la dissolution du mariage.

2° Purge.—On distingue deux espèces de purges :

La purge des hypothèques inscrites, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, et la purge légale ou purge des hypothèques légales. Elle a pour but, d'abord de faire apparaître les hypothèques tacites et ensuite de les étendre. Elle s'applique uniquement aux hypothèques légales non inscrites; quant aux hypothèques légales inscrites, on arrivera à leur radiation par la voie de la purge ordinaire (art. 2181 et S.). La voie de la purge légale est ouverte à tous ceux qui pourraient faire la purge ordinaire. Le détenteur qui veut purger doit commencer par transcrire son titre d'acquisition, si ce titre est de nature à être transcrit, il en dépose ensuite une copie au greffe du tribunal de la situation. Cette copie doit être collationnée par le notaire, les parties ou le greffier, suivant que le titre d'acquisition est un acte notarié, ou sous seing privé, ou si c'est un jugement. On signifie ensuite ce dépôt à la femme et au ministère public. Si celui qui veut purger ignorait l'existence de la femme, il en préviendrait le ministère public, et ferait publier la signification dans un journal du département conformément à l'art. 696 Pr. S'il n'y avait pas de journal dans le département, le ministère public délivrerait au requérant un certificat constatant le fait.

Enfin un extrait du titre du nouveau propriétaire doit rester affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal. Cet extrait contiendra

la date du titre, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la nature et la situation des biens, le prix et toutes les charges de la vente. Si l'immeuble a passé en plusieurs mains il sera bon d'indiquer le nom des propriétaires successifs. Si le détenteur qui veut purger avait acquis l'immeuble à titre gratuit, il devrait dans l'extrait qui sera affiché dans l'auditoire du tribunal, non moins que dans les notifications adressées à la femme, indiquer la somme qu'il offre de payer. Cette indication est indispensable pour permettre à la femme de surenchérir.

Ces formalités ont pour effet de faire cesser la dispense d'inscription, établie en faveur de l'hypothèque légale, et de mettre la femme ou ses héritiers dans la nécessité de la faire inscrire. Un délai de deux mois leur est ouvert à cet effet. Il date du jour où l'extrait de l'acte d'acquisition a été affiché dans l'auditoire du tribunal, ou, si le titulaire de l'hypothèque était inconnu, du jour où a été faite la publication conforme à l'article 676 Pr.

Si dans ce délai de deux mois aucune inscription n'a été prise, l'immeuble dont la purge a été poursuivie demeure définitivement affranchi, dans l'intérêt de l'acquéreur, des hypothèques légales qui le grevaient, article 2195, al. 1. Toute surenchère est interdite à la femme, elle est déchue de son droit de suite. Faut-il en dire autant du droit de préférence ? Nous ne l'aurions pas ad-

mis même avant la loi de 1858. Le droit de préférence est complètement étranger au détenteur, il ne s'applique que dans les rapports des créanciers entre eux; or vis-à-vis des créanciers, l'hypothèque légale est dispensée d'inscription pendant le mariage, et l'on ne voit pas pourquoi ces créanciers pourraient se prévaloir à l'encontre de la femme d'une purge à laquelle la loi leur défendait de participer. Du reste la question a été législativement résolue en ce sens par la loi de 1858 qui a limité le temps pendant lequel la femme pourrait faire prévaloir son droit de préférence, article 772 Pr. « Les créanciers à hypothèques légales qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques dans le délai fixé par l'article 2195 du Code Napoléon, ne peuvent exercer leur droit de préférence sur le prix qu'autant qu'un ordre est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai. » L'ordre auquel l'article 772 Pr. fait allusion est un ordre judiciaire. Il est incontestable que la femme peut en provoquer l'ouverture avant l'expiration des trois mois; elle doit, à peine de déchéance, produire dans les quarante jours de son ouverture. Si un ordre amiable avait été ouvert, la même déchéance serait encourue par la femme qui n'aurait pas produit avant la clôture de l'ordre.

Nous pouvons supposer maintenant que la femme qui n'a pas inscrit son hypothèque dans le délai de deux mois qui lui était accordé par l'arti-

cle 2184 a requis la mise aux enchères, ce qu'elle peut faire tant que le délai n'est pas expiré. Cette réquisition doit d'ailleurs être conforme à l'article 2185, C. C. Elle ne devrait pas être suivie d'effet si l'immeuble en question avait déjà formé l'objet d'une adjudication prononcée sur une première surenchère. On peut considérer en effet la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut comme une règle du Code de procédure. »

Nous pouvons supposer que la femme a pris inscription dans le délai de deux mois qui lui est imparti. On a soutenu que l'acquéreur qui voulait purger devait alors se conformer vis-à-vis de la femme aux règles de la purge ordinaire, articles 2181 et S. La purge légale, a-t-on dit, a eu pour but de faire apparaître les hypothèques ta-cites; son rôle est terminé, la purge ordinaire doit les éteindre. Nous avons déjà implicitement repoussé ce système en définissant la purge. Le Code traite en deux chapitres distincts de la purge ordinaire et légale, chacune d'elles se suffit à elle-même et produit des effets pleins et entiers. D'ailleurs ce qui prouve que les articles 2181 et S. n'ont rien à faire ici, c'est que les notifications à fin de purge sont faites seulement aux créanciers inscrits après la transcription du titre d'acquisition; or nous supposons précisément ici une inscription postérieure à la transcription.

Ainsi le droit de requérir la mise aux enchères est perdu, mais la femme peut se présenter à l'or-

dre, quelle que soit l'époque où il sera ouvert. Elle peut réclamer une collocation pour toutes les créances déjà nées ou conditionnelles, par exemple, pour le emploi d'un immeuble vendu ou pour préciput qu'elle s'est réservé sur les biens du mari s'il venait à prédécéder. Peut-elle demander une collocation pour les créances éventuelles qui remonteraient, si elles venaient à se produire, à une époque antérieure à la transcription de l'aliénation? Peut-elle, par exemple, demander au juge de fixer une somme pour les dégradations que le mari pourrait commettre sur un immeuble dotal? C'est là une question fort débattue, nous croyons devoir adopter la négative. Outre les inconvénients pratiques qu'entraînerait l'adoption du système contraire, il nous semble difficile d'admettre la femme à demander une collocation pour une créance inexistante.

Ainsi, l'ordre étant ouvert, les créanciers se présentent et sont payés d'après la date de leur hypothèque, et quand le prix de l'immeuble est épuisé, toutes les hypothèques qui le grevaient sont rayées, qu'elles soient ou non venues en ordre utile.

Si le mariage est dissous ou si la femme est séparée de biens, elle pourra toucher immédiatement le montant de ses collocations. Si le mariage persiste et qu'il n'y ait pas séparation de biens, les collocations de la femme devront être consignées. Toutefois, les créanciers postérieurs

à la femme pourraient demander la distribution à leur profit des sommes pour lesquelles elle n'aurait été que provisoirement colloquée, en offrant de lui en garantir la restitution au moyen d'un gage hypothécaire suffisant.

Si la femme avait subrogé des créanciers à son hypothèque légale, ils pourraient exercer tous les droits de leur cédante. Leur position serait même plus favorable sous un certain rapport, car ils pourraient toujours toucher immédiatement les collocations obtenues du chef de leur débitrice même non séparée de biens.

Le créancier que la femme a subrogé expressément ou tacitement, en se coobligeant avec son mari, peut demander une collocation actuelle et définitive pour le montant de sa créance au rang hypothécaire auquel la femme aurait pu réclamer pour elle-même une collocation provisoire à raison de son indemnité éventuelle. Le créancier est autorisé à exercer ce droit pour une créance à terme, avant son échéance, et sans être tenu de constituer au préalable le mari en demeure d'acquitter sa dette.

Si le mari était en faillite ou en déconfiture les créanciers de la femme commune puiseraient dans l'art. 1446, et indépendamment de toute subrogation, le droit de se prévaloir à leur profit de l'hypothèque de leur débitrice contre la communauté qui est considérée à leur égard comme dissoute.

Nous venons de voir que la dispense d'inscription cesse pour l'hypothèque légale en cas de purge sur aliénation volontaire. Il est des modes d'aliénation qui emportent virtuellement purge des hypothèques. Telles sont : 1° la vente sur expropriation forcée; 2° l'expropriation pour cause d'utilité publique.

1° Vente pour expropriation forcée. — Les formes de cette vente ont été réglées par le Code de procédure dont les dispositions ont été revisées par la loi de 1858. L'art. 690 Pr. décide que vingt jours après la transcription de la saisie celui qui poursuit l'expropriation déposera au greffe le cahier des charges. Dans la huitaine du dépôt une sommation conforme à l'article 691 sera adressée à la femme du saisi et aux femmes des précédents propriétaires. Elle contiendra l'avertissement que pour conserver les hypothèques légales sur l'immeuble exproprié, il sera nécessaire de les faire inscrire avant la transcription du jugement d'adjudication. Art. 692, Pr. L'art. 717 nous dit en effet : « Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. »

Nous appliquerons ici ce que nous avons dit sur la purge légale suivant que la femme a pris ou non inscription dans les deux mois.

La dispense d'inscription cesse encore quand un immeuble grevé de l'hypothèque légale de la

femme mariée est frappé d'expropriation pour cause d'utilité publique. La femme inscrira son hypothèque dans la quinzaine de la transcription du jugement d'adjudication. Cette inscription lui permettra, non de surenchérir, mais de demander à ce que l'indemnité soit réglée conformément aux art. 21 et S. de la loi de 1841. Si l'inscription n'était pas prise, la femme ne jouirait pas de cette prérogative, et son droit se bornerait à demander une collocation à son rang sur l'indemnité tant qu'elle ne serait pas payée ou que l'ordre entre les créanciers n'aurait pas été définitivement réglé.

Jusqu'ici nous avons vu la purge autorisée par la loi uniquement au profit des acquéreurs d'immeubles. En 1852, un décret organique autorisa les sociétés de crédit foncier à purger les charges occultes grevant les immeubles sur lesquels un débiteur leur conférait hypothèque. Une loi de 1853 a limité le droit de purger aux hypothèques non inscrites ; cette purge est de plus devenue facultative d'obligatoire qu'elle était auparavant.

Nous n'analyserons pas ces deux actes législatifs, nous dirons seulement qu'ils distinguent entre les hypothèques légales connues et les hypothèques légales appartenant à des personnes inconnues, qu'ils abrègent les délais et modifient les formalités du Code civil dans un sens qui est généralement approuvé.

Pour terminer sur les exceptions apportées à la règle de la dispense d'inscription en faveur de l'hypothèque légale, il nous resterait à parler des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous savons que la loi de 1855 a subordonné l'efficacité de ces subrogations en regard des tiers à l'inscription sur les registres du conservateur. C'est seulement du jour où cette inscription a été effectuée que l'hypothèque prend rang au profit du cessionnaire. Mais cette question rentre dans la théorie générale de la subrogation à l'hypothèque légale dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. La loi 22 au Digeste *De pign. et hyp.* (20. 1) et la loi 41 D. *De pignorat. act.* (13. 7) sont inconciliables.

II. L'ordre de préférence sur les biens à venir se règle d'après la date des hypothèques qui les grèvent.

III. Le créancier qui a vendu l'immeuble qui lui était hypothéqué est garant vis-à-vis de l'acquéreur de l'éviction survenue pour défaut de droit en sa personne.

IV. Les décisions de la loi 46 pr. D. *De solut.* et de la loi 24 pr. *De pignorat. act.* émanent de doctrines différentes.

V. La présence du mot *consumptos* dans la loi 1, § 2, D. (20. 1) est due à une interpolation de Tribonien.

VI. Auguste créa à côté des jurisconsultes ordinaires des jurisconsultes privilégiés dont les réponses avaient une plus grande autorité ; Adrien rendit leurs solutions obligatoires quand elles étaient unanimes.

CODE CIVIL.

I. L'hypothèque légale de la femme commune en biens s'étend aux conquêts, même si elle accepte la communauté.

II. Si le mari a vendu l'immeuble dotal, la femme peut opter, après la dissolution du mariage, entre l'action révocative et l'exercice de l'hypothèque légale.

III. L'action en indemnité que la femme peut intenter pour aliénation de l'immeuble dotal est garantie par une hypothèque qui ne prend rang que du jour de l'aliénation.

IV. Lorsqu'une femme meurt laissant pour héritiers ses enfants qui sont placés sous la tutelle de son mari, l'hypothèque légale qui appartient à ces héritiers du chef de leur mère ne conservera son rang que si elle a été inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage.

V. Le créancier à hypothèque légale ne peut plus requérir la mise aux enchères d'un immeuble

après l'expiration des deux mois fixés par l'art. 2195 C. C.

VI. Si un immeuble grevé de l'hypothèque légale est purgé au cours du mariage, la femme ne peut demander à être colloquée que pour les créances conditionnelles garanties par l'hypothèque à une date antérieure à l'aliénation, non pour ses créances éventuelles.

VII. Le Français peut demander la révision d'un jugement rendu par une juridiction étrangère et auquel il a été partie. L'étranger ne jouit pas du même droit.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. La femme étrangère jouit de l'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

DROIT DES GENS.

I. On peut refuser ses passe-ports à un ambassadeur qui n'a pas payé les dettes qu'il a contractées dans le pays où il remplissait ses fonctions diplomatiques.

II. Une puissance neutre ne viole pas la neutralité en laissant construire dans ses ports un

navire de guerre destiné à une puissance belligérante.

DROIT COMMERCIAL.

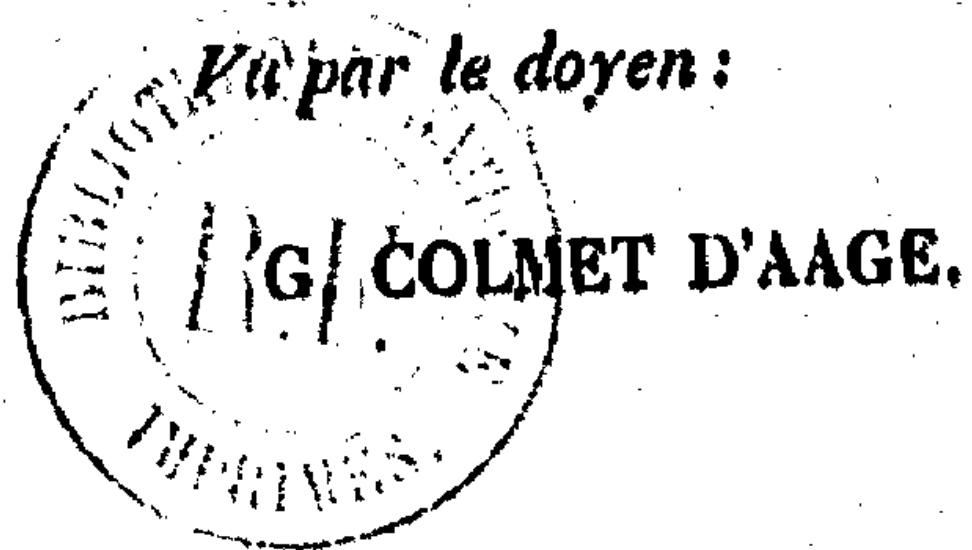
I. L'article 446 du Code de commerce est inapplicable à l'hypothèque légale garantissant la créance en indemnité d'une femme qui, dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements, a accédé à une dette antérieurement contractée par son mari depuis tombé en faillite.

DROIT PÉNAL.

I. L'interdit légalement ne peut disposer par testament se marier, reconnaître un enfant naturel.

II. Lorsqu'un crime a été commis, le juge doit, pour l'application de la peine, tenir compte d'abord de la récidive, ensuite des circonstances atténuantes.





Vu par le doyen :

G. COLMET D'AGE.

Vu par le Président de la thèse :

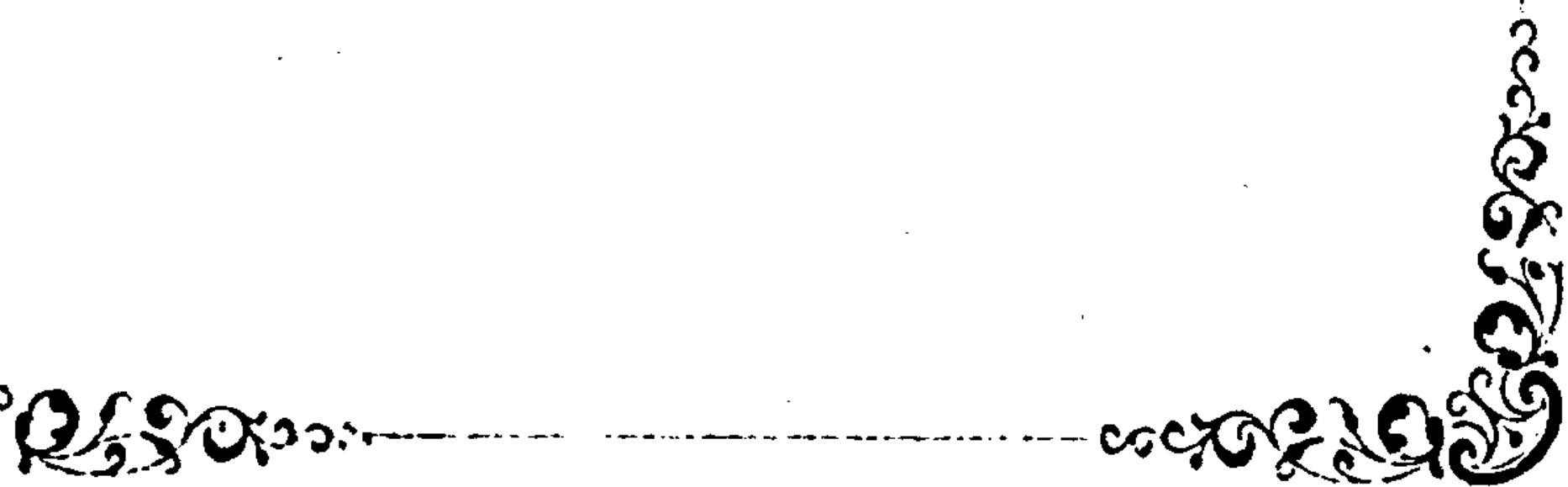
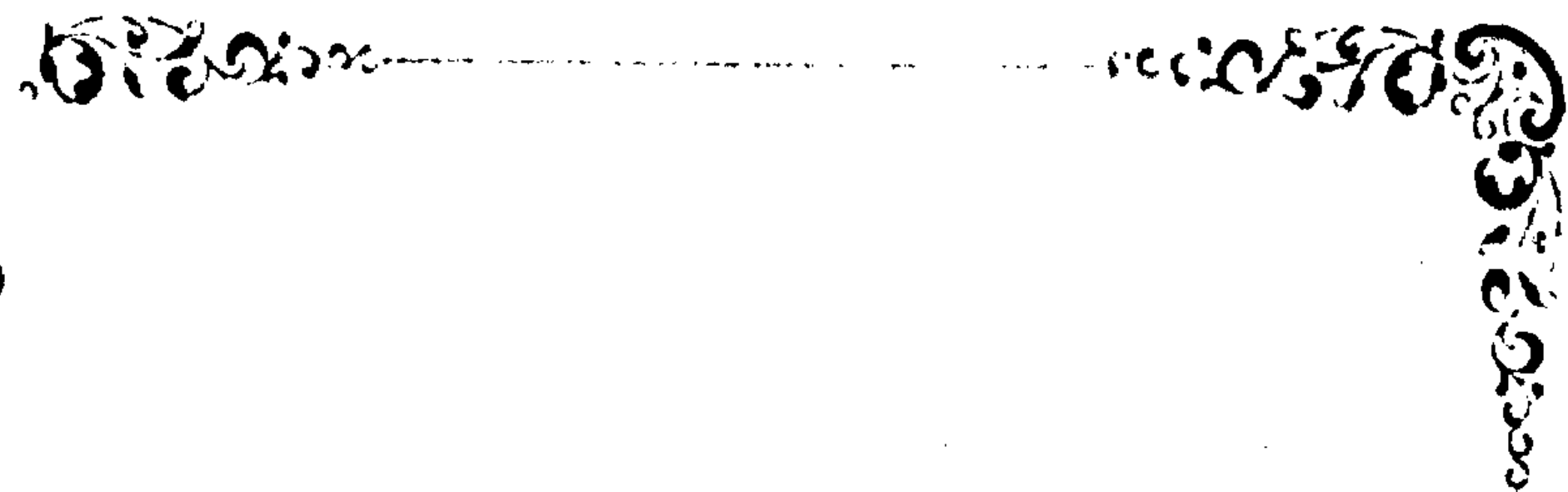
C. BUFNOIR.

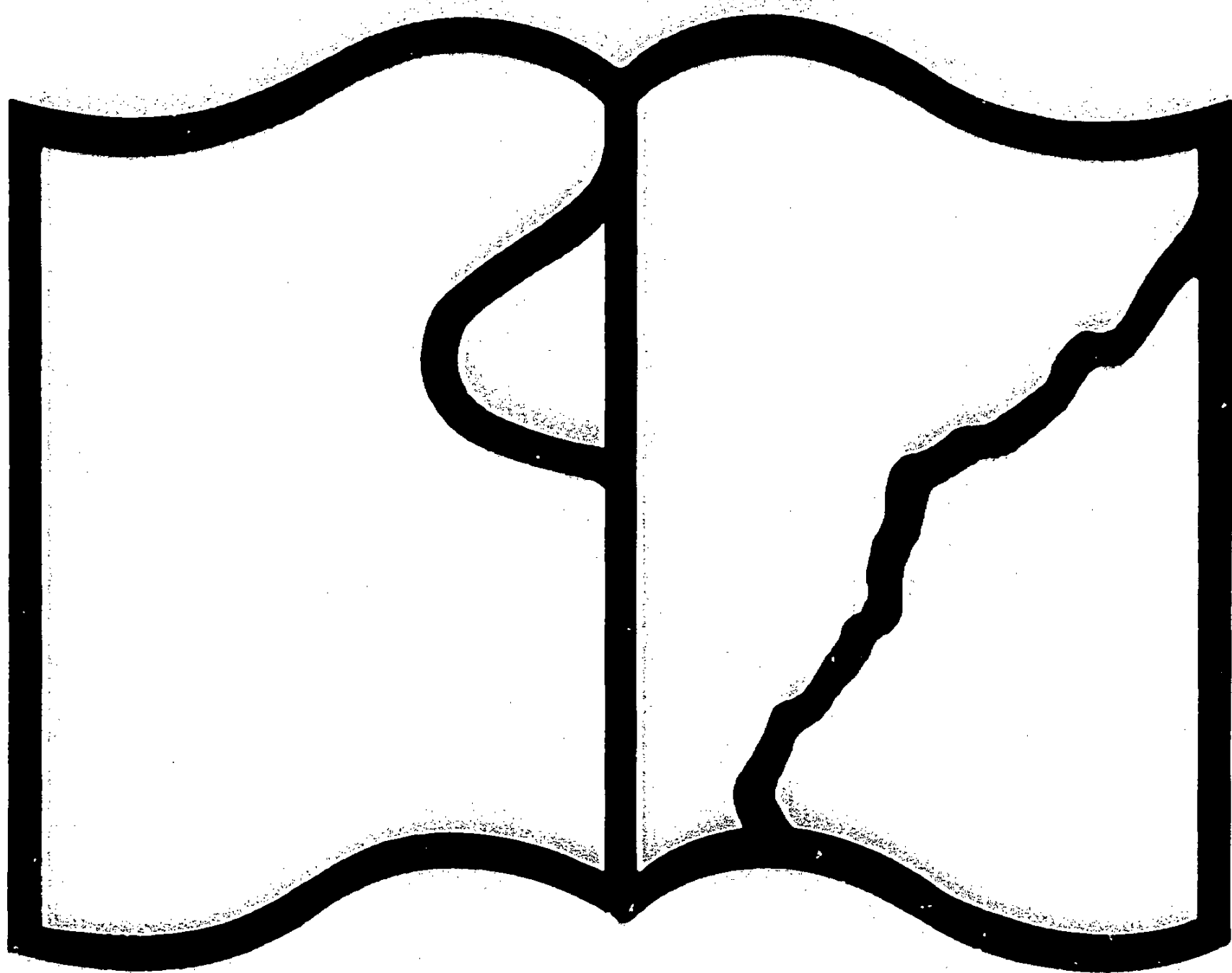
Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris :

A. MOURIER.

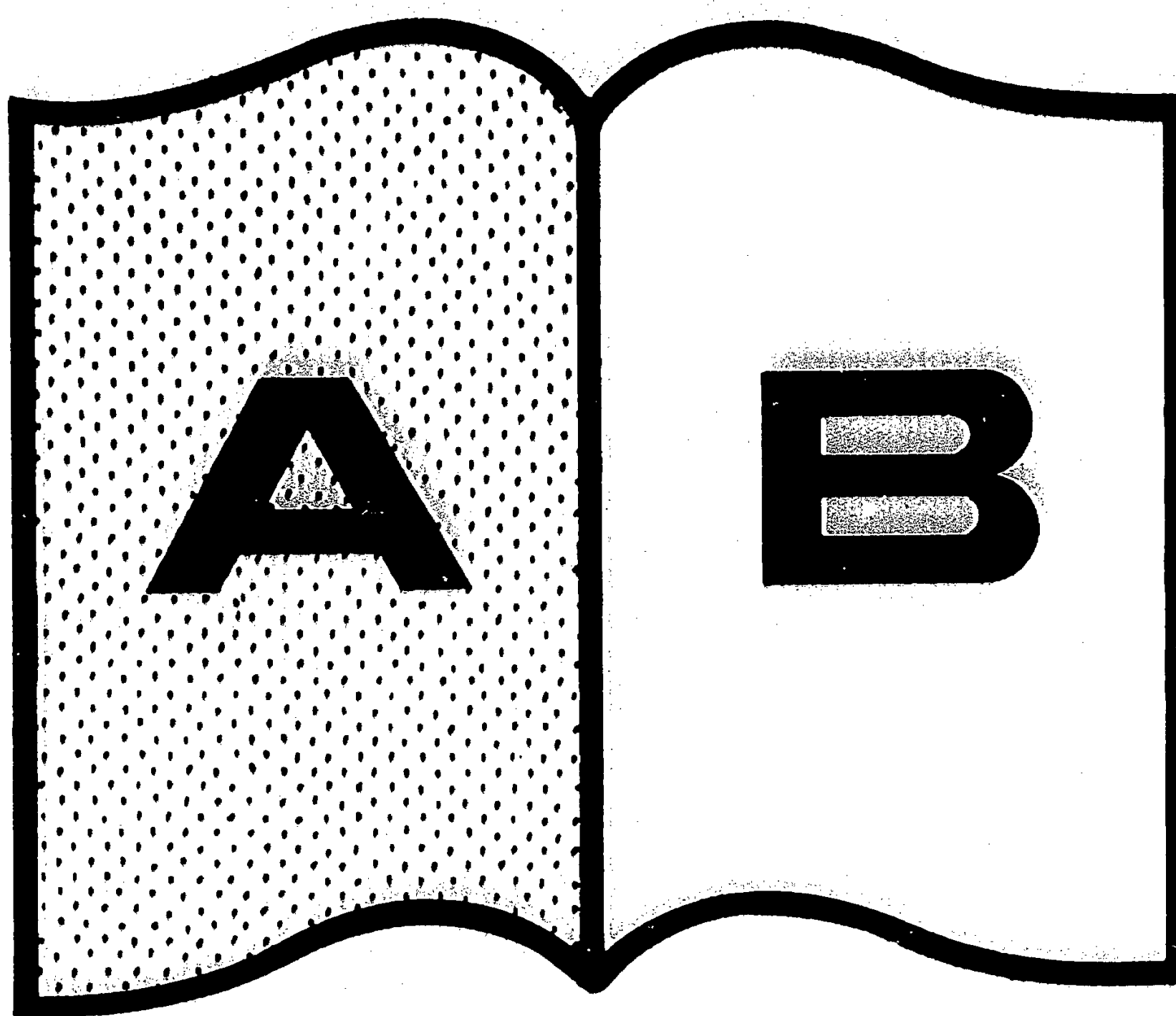
PARIS. — TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus, 9





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14