

22234

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DE L'ÉCHANGE

EN DROIT ROMAIN

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX

EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

Devant la Faculté de Droit de Toulouse,

Par M. L. BARBERET,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE TOULOUSE,

Né à Paris (Seine).



TOULOUSE,

IMPRIMERIE A. CHAUVIN ET FILS,

RUE DES SALENQUES, 28.

—
1873



FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. DUFOUR, ✱, doyen, professeur de droit commercial.
RODIÈRE, ✱, professeur de procédure civile.
MOLINIER, ✱, professeur de droit criminel.
BRESSOLLES, ✱, professeur de code civil.
MASSOL, ✱, professeur de droit romain.
GINOULHIAC, professeur de droit français, étudié
dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de code civil.
HUMBERT, professeur de droit romain, en congé.
ROZY, professeur de droit administratif.
POUBELLE, professeur de code civil.
BONFILS, agrégé, chargé du cours de droit des gens.
ARNAULT, agrégé chargé du cours d'économie poli-
tique.
DELOUME, agrégé.
CONSTANS, agrégé.
LAURENS, agrégé.
PAGET, agrégé.
-

M. RODIÈRE, *président de la thèse.*
MM. MOLINIER,
HUC,
POUBELLE,
CONSTANT. } *Suffragants.*

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE ET DE MA SŒUR.

A MON PÈRE.

A MA TANTE ET A MON ONCLE.

A MES PARENTS ET A MES AMIS.

A MES MAÎTRES.

PRÉFACE

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE ET DE MA SŒUR

A MON PÈRE

A MA TANTE ET A MON ONCLE

A MES PARENTS ET A MES AMIS

A MES MAÎTRES

PRÉFACE.

Avant d'entrer en matière, je crois utile de présenter quelques explications préliminaires très-brèves et aussi claires que possible sur le sujet ou plutôt sur les sujets qui font l'objet de ma thèse, et sur le plan que je me suis constamment efforcé de suivre. Et d'abord dois-je m'excuser auprès de mes maîtres de n'offrir à leur examen qu'une brochure au lieu d'un volume, de n'avoir pas donné à mon travail ces développements immenses auxquels certains esprits, à la fois féconds et patients, les ont habitués? Je ne le pense pas et pour la raison suivante : c'est que les sujets que j'ai traités, quoique très-juridiques et, de l'avis des meilleurs juges, éminemment propres à faire l'objet d'une thèse, ne prêtent pas à de très-grands développements.

L'étude de l'échange en droit romain et des contrats à titre onéreux entre époux en droit français fait l'objet de ma thèse. Le contrat d'échange, malgré le peu de place qu'il occupe dans les lois romaines, ne laisse pas que d'offrir un véritable intérêt et pour l'historien et pour le jurisconsulte. Contrat des plus simples et par cela même des plus primitifs, l'échange a, dans l'enfance des sociétés, une importance qu'il perd à mesure que la civilisation fait des progrès. Le contrat d'échange, qui suffisait à tous les besoins, parce que ces besoins étaient peu nombreux, perd son caractère premier par l'invention de la monnaie; il se transforme, il se fond pour ainsi dire dans un autre contrat qui est la vente. Mais, on le comprend, cette transformation ne s'opéra qu'avec une extrême lenteur, et l'échange, forme première de la vente, conserva une telle affinité avec ce dernier contrat, qu'une école de jurisconsultes, les Sabinien, ne savait pas l'en distinguer. Nous verrons, dans le courant de ce travail, que l'opinion des Sabinien, qui du reste n'avait pas prévalu, était erronée, et qu'il est très-possible de distinguer la vente de l'échange, et par les éléments constitutifs de ces deux contrats, et par les effets qu'ils produisent, et par les actions qu'ils engendrent. On le

voit, l'étude de l'échange en droit romain, au point de vue historique et au point de vue juridique, ne laisse pas que d'offrir un véritable intérêt. L'étude des contrats à titre onéreux entre époux, sous l'empire du droit des coutumes et sous l'empire de notre code civil, formera la seconde partie de notre thèse; parvenu à ce point de notre travail, nous indiquerons rapidement et aussi clairement que possible, comme nous venons de le faire pour l'échange, quel est le programme que nous nous proposons de suivre dans l'examen de ces matières. Enfin, dans une troisième partie ou appendice, nous traiterons quelques questions qui, sans faire partie intime de notre sujet, s'y rattachent du moins indirectement.

PREMIÈRE PARTIE.

De l'échange en droit romain.

PRÉLIMINAIRES.

Le jurisconsulte Paul, dans la loi I, *pr.*, *De contrahenda emptione*, XVIII, 4, nous dit que l'échange a précédé la vente : *Origo emendi vendendique a permutationibus cepit*. Tel est, en effet, l'ordre naturel. Dans l'enfance des nations, à une époque où les besoins sont les mêmes pour tous, et ces besoins peu nombreux, on s'imagine aisément deux producteurs échangeant leurs produits et se payant ainsi en nature par la livraison réciproque de denrées nécessaires à chacun d'eux. Il est facile alors d'apprécier la valeur de chaque produit et d'établir entre eux un rapport de proportion. On le voit, rien de plus simple, rien de plus usuel que le contrat d'échange dans une société primitive. Mais à mesure que les besoins augmentent, à mesure surtout que la main-d'œuvre prend plus d'im-

portance et tend à transformer les produits naturels en produits plus ou moins artificiels de l'industrie humaine, il devient de plus en plus difficile de trouver le rapport de valeur exact entre la matière première et l'objet transformé par le travail de l'homme, et plus encore entre deux produits d'un travail différent. Alors apparaît un élément nouveau, destiné à faciliter les échanges : la monnaie est inventée. Qu'est-ce que la monnaie ? Ce n'est autre chose qu'une certaine quantité de métal (or, argent, cuivre, etc.) frappée d'une empreinte par le pouvoir social pour en déterminer le poids et le titre. Tel est le caractère actuel de la monnaie ; mais à son origine, la monnaie ne portait pas d'empreinte et n'était pas même divisée en lingots d'un poids égal ; on se bornait à échanger l'objet dont on voulait faire l'acquisition contre une certaine quantité de métal précieux, que l'on pesait au préalable : c'est la *venundatio per aes et libram*. On en retrouve des vestiges dans la mancipation, où nous voyons intervenir une balance et une pesée de métal ; mais cette pesée n'a plus qu'un caractère purement symbolique. Tel est le changement qui s'opère par le progrès des temps ; l'argent devient l'agent le plus actif des transactions, et l'échange, qui tombe graduellement en désuétude, est remplacé par la vente, qui n'est au fond qu'un échange dédoublé.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ÉCHANGE EN DROIT ROMAIN. NOTIONS HISTORIQUES SUR LES CONTRATS INNOMÉS.

Cela posé, voyons quels caractères les juriconsultes romains attribuaient à l'échange. Pour eux, ce n'était ni un *contrat nommé*, ni un *contrat civil* proprement dit. L'échange était rangé parmi ces pactes, qui ne se changèrent en contrats, par le progrès de la jurisprudence, que vers la fin de la république, et que les commentateurs ont appelés contrats innomés. Cette singularité apparente s'explique facilement. Comme tous les peuples primitifs, les Romains ont été longtemps à comprendre qu'une obligation pût exister isolée d'un fait matériel qui la constituât. Une simple manifestation de la volonté non accompagnée d'un acte matériel, tel que la tradition ou la mancipation, ne suffisait pas à leurs yeux pour faire naître un lien de droit entre les parties. Aussi la *mancipatio* fut-elle, dans l'origine, la condition nécessaire de toutes les transactions. Voulait-on opérer un dépôt, un prêt, constituer un gage, louer ou *commoder*, il fallait transférer au dépositaire, à l'emprunteur, au créancier, au locataire, au commodataire, l'objet dont il s'agissait en pleine propriété et se réserver, au moyen d'une *nuncupatio* ou d'une clause de *fiducie*, le droit de rentrer plus tard dans cette propriété. A cette époque, rien de plus simple que le contrat d'échange : chacune des parties

transférait à l'autre la propriété de la chose échangée au moyen de la *mancipatio per aes et libram*, et tout était dit. Mais il est à remarquer que l'échange n'est ici qu'un fait purement matériel, qui n'a de valeur qu'autant qu'il est complet, et que la loi sanctionne, parce que les deux parties ont accompli leur prestation. Mais de là à l'idée d'un contrat, c'est-à-dire d'une obligation, prise par chacune d'elles de se transférer la propriété de deux objets déterminés, il y a encore loin. Par la suite, on comprit que la *nuncupatio*, ou l'indication des conditions auxquelles la *mancipatio* était consentie, pouvait être isolée de la mancipation elle-même, et de là, on en vint à l'idée d'une obligation dérivant de la seule force de volonté des parties et indépendante du fait matériel de la translation de la propriété. Néanmoins, l'empire des formes et des faits matériels prévalait encore à tel point qu'on soumit la manifestation de cette volonté à des formalités solennelles d'une nécessité absolue, et qu'il fut admis en principe que toute convention n'est qu'un pacte sans valeur (*nudum pactum*) s'il n'est pas revêtu d'une *causa civilis obligandi*, laquelle pouvait être, soit le *nexum*, soit des *verba concepta*, soit enfin un *nomen transcriptitium*.

On ne s'en tint pas là : vint un moment où la nécessité de la *causa civilis obligandi*, de la forme sacramentelle elle-même, fléchit devant les exigences de la pratique et la fréquence de certaines conventions. Les transactions les plus usuelles, la vente, le louage, la société, le mandat, qu'auraient entravées les

formalités solennelles de la *mancipatio* ou de la *stipulatio*, furent pourvues d'actions et rangées dans la classe des contrats qui se forment *solo consensu* (Ulp., L. 7, § 1, *De pactis*): *Quæ pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus; ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et cæteri similes contractus.*

Les contrats, à cette époque, se divisaient en quatre catégories; il se formaient : *re*, par la remise de la chose; *verbis*, par des paroles plus ou moins solennelles; *litteris*, par des écrits domestiques; *consensu*, par le simple consentement (L. 1, § 2, *in fine*, D., III, 7). *Quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu.* L'échange offrait par sa nature la plus grande analogie, soit avec la vente, qui se formait *solo consensu*, soit avec le *pignus*, le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum*, qui se formaient *re*; et cependant, ni la simple remise de la chose, ni le seul consentement ne suffisait pour former l'échange; on exigeait encore la forme solennelle de la mancipation.

L'échange n'ayant pas encore le caractère d'un contrat, quelle était la situation de celui qui avait le premier livré une chose pour en obtenir une autre (*negotium do ut des*)? On peut distinguer, à cet égard, trois périodes :

Première période. — A cette époque, on ne reconnaît de contrats que ceux qui figurent sur la liste dressée par l'ancien droit civil. Les contrats seuls sont revêtus d'actions; néanmoins, on accorde une certaine protection légale à celui qui a fait quelque chose

propter rem, mais rarement; ordinairement, au contraire, à celui qui a donné. Dans l'hypothèse du *negotium do ut des*, on autorise l'auteur de la dation à redemander sa chose, tant que l'autre partie, pour un motif quelconque (dépendant ou non de sa volonté), n'a pas satisfait elle-même à la convention.

Dans ce but, il exerce une action personnelle appelée *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data, causa non secuta*. Le mécanisme de cette action est fort simple. L'auteur de la dation poursuit un but, *dat ob rem*; en donnant, il veut motiver la prestation qu'il attend de l'autre partie, *dat causam*; et si cette prestation n'est pas exécutée, on dit: *causa non secuta est*. La dation faite demeure ainsi sans cause. Cette action s'engendre indépendamment de tout lien contractuel, et de là, les conséquences suivantes :

1° Celui qui a fait la dation a le droit de reprendre sa chose, alors même que celui à qui il a donné n'aurait aucune négligence à se reprocher.

2° La chose donnée venant à périr complètement sans le fait de la partie adverse, l'auteur de la dation n'a plus d'action à exercer. Il conserve, au contraire, la *condictio* dans le cas où la perte, au lieu d'être totale, est partielle, ou s'il ne s'agit que d'une simple détérioration; mais il ne peut demander la chose que dans l'état où elle se trouve actuellement. Il faut supposer, dans l'espèce, que la perte ou la détérioration ne proviennent pas du fait actif de la partie, auquel cas elle en serait responsable; mais il n'en serait pas de même si on ne pouvait lui reprocher que de l'imprudence

ou de la négligence. En effet, la loi 94, D., *De verb. oblig.*, XLV, 4, *pr.*, nous dit que la personne tenue d'une *condictio* n'est pas obligée *ad faciendum... quia qui dari promisit, ad dandum non faciendum tenetur.*

3^o Celui qui a fait la dation peut intenter la *condictio ob rem dati*, alors même que la chose que l'autre partie devait lui livrer a péri entre ses mains par cas fortuit (L. 46, *De cond. causa data*, XII, 4).

Deuxième période. — Dans le *negotium do ut des*, la *condictio*, utile en général, perdait toute son efficacité dans certaines hypothèses; ainsi, d'une part, l'*accipiens* a pu exécuter la convention, et il a négligé de le faire; d'autre part, la chose dont il est devenu propriétaire a péri entre ses mains, juste depuis qu'il est en retard d'exécuter. On peut encore supposer qu'il a aliéné la chose, et, dans ce dernier cas, inutile de se préoccuper de savoir si, au jour de l'aliénation, il a pu ou non, exécuter la convention (L. 4, *Cod., De dolo malo*).

C'est pour combler ces lacunes que l'on donna à la partie qui avait exécuté une action *de dolo* ou une action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*. On sait que l'action *de dolo* était toujours remplacée par une action *in factum* quand il y avait entre les parties une relation qui s'opposait à l'exercice d'une action infamante: par exemple, quand le défendeur était l'ascendant ou le patron du demandeur (D., L. 44, § 4, *De dolo malo*, IV, 3).

Tel fut le progrès accompli dans le cours de la seconde période; l'action *de dolo* venait au secours des

parties dans le cas où la *condictio* était inefficace. Toutefois cette action, à côté d'avantages réels, offrait des inconvénients. Elle était, d'une part, trop douce en ce sens qu'elle ne durait qu'un an, et qu'elle était intransmissible contre les héritiers; d'autre part, trop sévère en ce qu'elle emportait l'infamie contre le défendeur condamné. Cela nous explique les progrès que nous voyons se produire dans la troisième période.

Troisième période. — On se décide à élever à la dignité de contrats les quatre *negotia* indiqués par Paul (L. 5, *h. t.*). Cela admis, une lutte de plusieurs siècles s'engage entre les jurisconsultes, sur la question de savoir quelle sera l'action attachée au contrat. D'abord, l'école Sabinienne, fidèle aux anciennes traditions, avait voulu donner effet à ces conventions en les revêtant de l'action du contrat avec lequel elles offraient le plus d'analogie (G. III, 143, 144). Si le contrat, par exemple, ressemblait au louage, on accordait l'action *locati*; si à la vente, l'action *venditi*. Lorsque l'analogie faisait complètement défaut, et que l'équité demandait cependant qu'une des parties ne pût s'enrichir aux dépens de l'autre, les jurisconsultes sabinien accorderaient à la première une action de dol (F. 5, § 12, D., *Præscrip. verb.*, et L. IV. Cod., *De dolo malo*). Les Proculiens, plus hardis dans leur logique, posèrent le principe suivant : Toutes les fois qu'en vertu d'une convention qui ne rentre pas dans la classe des contrats anciennement garantis par la loi civile, une partie a procuré un avantage à l'autre pour

obliger celle-ci, cette prestation constitue une *causa civilis* d'obligation; et ils accordèrent, pour en assurer l'exécution, une action *in personam, civile, incerti*, appelée *in factum præscriptis verbis*, bien que son *intentio* fût *in jus concepta*. Voici le sens de ces mots. Comme la convention est innomée, elle ne peut être désignée, dans la *demonstratio*, par une dénomination technique; on y supplée en plaçant à la tête de l'action une périphrase qui désigne ces faits convenus: *Præscriptis verbis rem gestam demonstrat* (C. 6, 2, IV). Ensuite l'action porte: *Quidquid ob eam rem dare facere oportet, ex bonâ fide ejus, id iudex condemna, si non paret absolve*.

Tels étaient les systèmes qui partageaient les deux grandes écoles de jurisconsultes. La controverse durait encore du temps de Gaius (III, 144). Cependant, Pomponius, qui vivait à la même époque, et qui était Sabinien comme lui, admettait, comme les Proculiens, l'action *præscriptis verbis* dans le cas d'échange (L. 18, § 2, *Famill. ercisc.*, X, 2, et L. 39, *De stipul. serv.*, XLV, 3). Un demi-siècle plus tard, au temps de Paul, la doctrine proculienne avait prévalu. Le contrat d'échange ne se formait que par une dation, et était sanctionné par l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 2, *De rer. permut.*, XIX, 4, et L. 5, § 1, *h. t.*). Cette doctrine était presque universellement admise.

Ces développements historiques sur les contrats innomés en général, nous amènent naturellement à exposer la longue controverse, dont nous avons déjà dit un mot, qui s'était élevée entre les jurisconsultes à propos de la vente et de l'échange.

Le jurisconsulte Paul, nous indique l'origine bien simple de la querelle. On s'est demandé s'il pouvait y avoir vente sans un prix en argent? Si non, la vente diffère de l'échange; si oui, il y a confusion.

« *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, » dubitatur, veluti ut ego togam dedi, ut tunicam acci- » perem? »*

Sabinus et Cassius pensent qu'il y a vente, et citent en faveur de leur opinion des vers d'Homère, où il paraît être question de ventes dont le prix consistait en objets de diverses natures :

Λχαιοι.

Ενθεν αρεινιζοντο καρεχομοωντες
Αλλοι μεν χαλκω, αλλοι δ'αιθωνι σιδηρω
Αλλοι δε ρινοις, αλλοι δ'αυτοισι βόεσσι,
Αλλοι δ'ανδρα πόδεσσιν.

Mais, à leur tour, les adversaires de Sabinus citaient des vers du même poète, dans lesquels la même opération était qualifiée échange, et non vente :

φρένας εξέλετο Ζεύς

Ἔνθ' αὐτε Γλαύκω Κρονιδῆς
Ὅς προς Τυδειδην Διομήδεα τευχε αμειβεν.

Paul se prononce nettement pour les adversaires des Sabinien, Nerva et Proculus : autre chose est vendre, autre chose acheter, autre chose est le vendeur, autre chose est l'acheteur.

Sed verior est Nervæ et Proculi sententia : nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.

En effet la vente suppose deux choses parfaitement distinctes : une *merx* et un *pretium*. Celui qui fournit la *merx* (la chose que l'on veut acheter) s'appelle *vendeur* ; celui qui fournit le *pretium* (valeur donnée en échange de la *merx*) s'appelle *acheteur*. Pourquoi importe-t-il de distinguer d'une manière sûre les rôles de ces deux personnes ? C'est que leurs obligations sont différentes. Si on admet, avec Paul, que le *pretium* ne peut jamais consister qu'en argent monnayé, on possède un critérium infaillible. Si l'on se range à l'opinion contraire, il devient presque impossible de déterminer qui est le vendeur, qui est l'acheteur.

Cependant il est un cas particulier où cette distinction est possible : c'est dans l'hypothèse citée par Cælius Sabinus : *Si rem, Titio venalem habente, veluti fundum acceperim, et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse ut fundus acciperetur* (G., III, § 144, *in fine*). Ainsi, en règle générale, l'opinion des Proculiens était la seule exacte : point de prix en argent monnayé, point de vente ; mais dans l'hypothèse prévue par Sabinus, comme il était facile de reconnaître le vendeur, l'argument des Proculiens perdait toute force, et on pouvait admettre sans inconvénient l'opinion des Sabiniens. C'est ce que paraît avoir décidé, en effet, une constitution de l'empereur Gordien, in-

sérée au code de Justinien : *Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus (pretii nomine licet non taxatâ quantitate), aliam possessionem dedit; idque quod comparavit, non injuriâ judicis nec patris tui culpâ evictum est, ad exemplum ex empto actionis non immeritò id quod tuâ interest, si in patris jura succesisti, consequi desideras.*

Passons maintenant à l'hypothèse inverse. Supposons qu'on a donné de l'argent monnayé pour obtenir la dation d'une autre chose. Ici les Sabinien et Paul sont d'accord pour reconnaître une vente; il y a une *merx*, il y a un *pretium*, impossible de confondre le vendeur et l'acheteur. Cependant le Proculien Celsus, dans la loi 46, *De condict. caus. dat.*, XII, 4, décide que notre hypothèse ne participe pas de la vente. Il ne voit là qu'une *datio ob rem*. Voici l'espèce prévue par Celsus et les motifs qu'il donne pour attribuer à l'opération le caractère de *datio ob rem* et non de vente (L. 46, Celsus, lib. III, D.) : *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares, utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secutâ? In quod proclivior sum, et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te eum tamen tradidisse; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris; et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis quominus a te pecuniam repetere possim.*

Quel est l'intérêt de la question? Le voici : dans l'échange, il y a une double translation de propriété.

La partie qui fait la première tradition doit rendre l'autre propriétaire, sans cela pas d'obligation contractuelle à la charge de cette dernière; d'autre part, l'*accipiens* doit aussi transférer la propriété de l'objet donné en échange, sans cela il serait considéré comme n'ayant pas exécuté son obligation. Dans le cas de vente, ~~le vendeur~~^{l'acheteur} est obligé de transférer la propriété; il y a controverse sur la question de savoir s'il est en droit d'exiger une translation de propriété de la chose vendue (nous reviendrons plus tard sur ce point). Mais ce qui est incontestable, c'est que si le vendeur a livré de bonne foi la chose d'autrui, l'acheteur, tant qu'il n'est pas évincé, ne peut exercer aucun recours. En cas d'échange, au contraire, l'*accipiens* peut se plaindre et agir contre le *tradens*.

Il y a contradiction manifeste entre le texte de Celsus, L. 46, *De condict. caus. dat.*, et la L. 5, § 1, D., XIX, 5, de Paul. En effet, nous avons vu ce que dit la loi 46. Voici maintenant comment s'exprime Paul (L. 5, § 1, D., XIX, 5) :

Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est. Là où Paul voit une vente, Celsus ne voit qu'un échange. De ces deux opinions quelle est celle qui a prévalu? Se fondant sur le ton affirmatif de la loi 5, M. Accarias (*Théorie des contrats innomés*) croit que c'est celle de Paul, et cette opinion est aussi la nôtre.

De la comparaison de la fin de la loi 5 de Paul avec la première décision contenue dans la loi 46 de

Celsus, paraît résulter une nouvelle contradiction entre les deux jurisconsultes :

Dans la première décision de la loi 16 (L. 16, *De condict. caus. dat.*, XII, 4), Celsus nous dit que celui qui a reçu *une chose* à la condition d'en donner une autre, demeure soumis aux risques de la perte fortuite de cette dernière chose. *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares.*

Paul, de son côté, à la fin de la loi 5, se pose la question suivante :

« Qu'arriverait-il si je vous avais donné des coupes » pour obtenir de vous l'esclave Stichus, et que ce » dernier vint à périr par cas purement fortuit et » avant de m'avoir été livré? La perte tomberait sur » le créancier, le débiteur n'étant responsable que de » sa faute. »

On le voit, Paul, contrairement à Celsus, impose les risques à celui *qui dedit*. Diverses explications ont été proposées pour tâcher de concilier ces deux textes. Voici les deux principales :

1° Celsus, dit-on, accorde bien à l'auteur de la *datio* la *condictio ob rem dati*, mais il ne dit pas un mot de l'action *praescriptis verbis*. On en conclut qu'il refuse absolument l'exercice de cette action après la perte de la chose due. D'autre part, Paul met bien les risques à la charge du créancier, mais d'une manière imparfaite, en ce sens que s'il lui refuse l'action *praescriptis verbis*, il ne lui refuse pas la *condictio*. Mais de la comparaison de la loi 5, § 1, avec un autre texte

(L. 4, Cod., *De rer. permut.*, IV, 64), il résulte que Paul reconnaît à l'auteur de la dation la faculté d'opter entre deux actions ;

2° La seconde explication consiste à dire que les deux lois ont trait à des hypothèses différentes. Paul suppose, dit-on, que Stichus périt après la tradition des coupes ; dans l'hypothèse de Celsus, au contraire, Stichus périrait avant la numération des deniers. Celsus, dans l'espèce dont il s'agit, ne ferait qu'appliquer ce principe général, qui veut que l'obligation de donner une chose actuellement détruite ne puisse se former faute d'objet. Mais le texte même de la loi 46 ne s'accorde pas avec cette explication. Celsus se demande, si, dans l'hypothèse qu'il met au jour, il y a *vente* ou *échange*, et après avoir admis qu'il y a échange, il en tire cette conséquence que les risques sont à la charge de l'*accipiens*. Ainsi Celsus établit une différence entre la vente et l'échange, tandis que dans l'explication que nous repoussons, il émettrait un principe vrai pour l'un et l'autre de ces contrats (V. L. 57, *De contr. empt.*, XVIII, 4). Donc l'antinomie subsiste entre les deux textes.

M. Accarias, qui admet l'antinomie, l'explique d'une manière assez ingénieuse. D'après lui, Celsus ne se demanderait pas, dans l'espèce prévue par la loi 46, s'il y a contrat de vente ou contrat d'échange. Il admettrait *de plano* l'échange, mais échange qu'on pourrait envisager sous deux aspects différents. On pourrait y voir, soit un contrat se rapprochant de la vente, soit un contrat se rapprochant de l'échange

(*Pro portione emptionis et venditionis est*, nous dit le texte de Celsus). Ce contrat se rapprocherait de la vente, en ce qu'il emporterait, pour le créancier, obligation de supporter les risques, de même qu'un acheteur. D'un autre côté, on pourrait dire que dans l'espèce dont il s'agit, il ne naît aucune sorte de contrat, qu'il s'agit purement et simplement d'une simple obligation, née d'une *datio ob rem*, *re non secutâ*. Telle est l'explication de M. Accarias; elle paraît s'accorder avec la lettre du texte de la loi 46, et, en outre, a l'avantage de rendre très-logique la décision de Celsus.

Celui qui donne *ob rem* n'oblige pas l'autre partie à donner la chose convenue. L'opération ne devient définitive qu'une fois que la seconde dation a été effectuée. Jusqu'à ce moment, le *tradens* a une *condictio* pour reprendre sa chose, condictio qui ne lui est enlevée que par la perte de la chose donnée ou par l'exécution de la dation réciproque. Et il faut admettre nécessairement que cette *condictio* ne périra pas par l'impossibilité où l'autre partie se trouverait actuellement d'exécuter la convention.

Telle était l'opinion de Celsus; en résumé, à cette époque, trois systèmes paraissent exister sur la nature et le caractère de l'échange.

4° Dans l'opinion des Sabinien, comme nous l'avons vu précédemment, la vente rentrait dans l'échange. Cette opinion, proscrite, en règle générale du moins, à l'époque de Dioclétien (L. 3 et 7, Cod., *De rer. permut.*, IV, 64), paraît être admise encore dans certai-

nes hypothèses particulières où le rôle des deux coéchangistes est tout différent (v. L. 4, Cod., *De rer. permut.*, IV, 64). Nous ne reviendrons pas sur cette hypothèse particulière d'échange dont nous avons parlé précédemment. Dans la doctrine des Sabinien, la simple convention d'échange est obligatoire.

2° Pour Celsus et pour les jurisconsultes qui partageaient son opinion, non-seulement l'échange ne rentrait pas dans la vente, mais cette opération n'avait même pas le caractère d'un contrat. Ils ne voyaient là qu'une simple dation *ob rem re non secutâ*. L'aliénateur n'avait qu'une *condictio*. Cette ressource devenait inutile si l'acquéreur avait aliéné la chose à lui transférée (L. 4, Cod., *De rer. permut.*, IV, 64). Mais l'*accipiens* était alors tenu de l'action *de dolo* (l. 4, Cod., *De dolo malo*, II, 21). Dans la doctrine de Celsus, il fallait que la convention eût été suivie d'une exécution réciproque pour devenir obligatoire.

3° Une troisième opinion, celle de Paul, et qui a fini par triompher définitivement, considérait l'échange comme un contrat spécial. Ici la simple convention n'oblige pas; mais l'exécution unilatérale suffit pour qu'elle soit consacrée par le droit.

Les notions historiques données par nous sur les contrats innomés en général et l'étude de la longue controverse des Sabinien et des Proculien sur le caractère de l'échange, nous amènent à étudier spécialement la nature et les effets de ce contrat.

CHAPITRE II.

DE LA NATURE ET DES EFFETS DE L'ÉCHANGE.

L'échange, comme nous l'avons déjà dit précédemment, est compris dans la catégorie des contrats innomés, qui se forment tous *re*. Par conséquent, son existence est subordonnée à la livraison opérée par l'une des parties ; cette livraison constitue le *vinculum juris* et impose à l'autre partie l'obligation d'exécuter la contre-prestation qui a été volontaire de la part de la première.

Ce double rapport se voit aisément dans l'échange. Du moment où chaque partie s'engage réciproquement à transférer à l'autre la propriété d'une chose, il y a là un pacte synallagmatique ; elles sont à la fois créancières et débitrices. Tel est le caractère général des conventions synallagmatiques ; elles se résument en deux faits :

1^o *Dare*, c'est-à-dire transférer la propriété quiritaire d'une chose ;

2^o *Facere*, c'est-à-dire accomplir une prestation quelconque.

En combinant ces deux termes : *dation* et *fait*, on arrive aux quatre combinaisons suivantes :

1^o *Do ut des*, je donne pour que vous donniez ;

2^o *Do ut facias*, je donne pour que vous fassiez ;

3^o *Facio ut des*, je fais pour que vous donniez ;

4^o *Facio ut facias*, jè fais pour que vous fassiez.

C'est dans la première de ces catégories que l'échange doit être placé. En effet, chaque coéchangiste transfère la propriété de sa *chose*, afin que l'autre lui transfère à son tour la propriété de la sienne. *Dat ut illi detur.*

Mais pour que l'échange soit un contrat, il ne suffit pas de cette seule circonstance que la convention est synallagmatique : il faut un fait d'exécution ; sans ce fait actif, la convention d'échange n'est qu'un *pacte nu*, sans action, et ne produit aucune obligation civile.

Pendant cette convention ne reste pas complètement sans effet, car elle donne lieu à une obligation naturelle, d'où les conséquences suivantes :

1° En cas de paiement d'une telle obligation, il n'y a pas lieu à *répétition*, le paiement eût-il été fait même par erreur ; celui qui a reçu le paiement pourra repousser le demandeur par l'exception de dol. C'est ce que nous dit Ulpien (L. 7, § 4, *De pactis*, II, 14). *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (v. L. 62, D., XII, 6).

2° Si l'un des copermutants devient débiteur de l'autre, il peut opposer, à titre de compensation, la créance qu'il a contre ce dernier, créance venant du contrat d'échange. *Etiam quod naturâ debetur*, dit Ulpien, *venit in compensationem* (L. 6, D., *De compensat.*, XVI, 2).

3° Cette obligation peut être l'objet de la novation,

et, par la novation, être transformée en obligation civile, soit que la novation ait lieu dans la forme de la stipulation, soit qu'elle ait lieu par le pacte de constitut (L. 1, § 1, D., *De novat.*, XLVI, 2).

4^o Enfin, cette obligation peut servir de base à un droit de gage ou d'hypothèque. *Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione... vel pro civili obligatione, vel honorariâ, vel tantùm naturali* (Marcien, L. 5, *pr.*, D., XX, 1).

Supposons maintenant qu'il y a eu exécution de la part de l'une des parties ; la situation est bien différente : ce fait d'exécution transforme le pacte en contrat, l'obligation naturelle en une obligation civile ; la partie qui a exécuté acquiert le droit ou de forcer la partie adverse à s'exécuter à son tour, ou d'exiger d'elle la restitution de l'objet livré.

On le voit, l'échange se forme *re*, c'est-à-dire par la remise de la chose. Toutefois, il est possible de rendre l'échange obligatoire même sans exécution. Il suffit pour cela de revêtir la convention de la forme d'une stipulation : *Ex placito permutationis nulla re secuta, constat nemini actionem competere ; nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem* (L. 3, *Cod.*, *De rer. permut.*, IV, 65).

On obtient ainsi un contrat verbal qui produit tous les effets de l'échange, mais qui en diffère complètement quant à sa nature.

CHAPITRE III.

COMPARAISON DE LA VENTE ET DE L'ÉCHANGE.

Après avoir, dans la première partie de notre travail, donné quelques notions rapides sur les contrats innomés, après avoir indiqué les diverses transformations de l'échange (querelle des Sabiniens et des Proculiens), après avoir établi, dans le chapitre II, la nature définitive de ce contrat, il nous reste à le comparer avec la vente et à faire ressortir les différences qui les séparent.

La vente, confondue à l'origine avec l'échange (*origo emendi vendendique a permutationibus cœpit*), est arrivée peu à peu et par une série de transformations à former un contrat distinct; dans le dernier état du droit romain, les différences entre la vente et l'échange peuvent se ramener à quatre.

1° La vente est un contrat consensuel. Au contraire, dans l'échange, l'obligation se forme *re* : je suis obligé de vous donner ma chose quand vous m'avez donné la vôtre. *Emptio ac venditio*, nous dit Paul, *nudâ consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re traditâ initium obligationi præbet* (L. 1, § 2, D., *De rer. permut.*, et L. 3, Cod., *eod. tit.*).

De là deux conséquences importantes :

a. Le vendeur qui a livré la chose d'autrui peut intenter l'action *venditi* pour se faire payer le prix, tandis que celui qui livre la chose d'autrui pour ob-

tenir une dation ne pourrait pas exercer l'action *præscriptis verbis* pour se faire remettre la chose. Mais il importe d'observer que l'acheteur actionné en revendication par un tiers peut, en opposant une exception de dol au vendeur, retenir tout ou partie du prix qu'il n'a pas payé, à moins que le vendeur ne s'engage avec *satisfactio* à faire cesser le trouble ou à restituer le prix (L. 24, Cod., *De evict.*, VIII, 45); en outre, que l'échangiste qui a livré la chose d'autrui peut exercer la *condictio*, laquelle est tout à fait indépendante de la formation du contrat (L. 1, § 3 et 4, *De rer. permut.*, XIX, 4).

b. Dans le cas où l'acheteur subit une éviction avant d'avoir payé son prix, il a l'action *ex empto* ou l'action *ex stipulatu duplæ*; en effet, l'éviction, n'annulant pas le contrat, n'empêche ni le vendeur d'avoir contracté une obligation qu'il n'exécute pas, ni lui-même de rester obligé. Il n'en est pas de même dans le cas d'échange; l'échangiste évincé de la chose reçue avant d'avoir lui-même opéré la dation convenue ne peut exercer aucun recours.

2° Dans la vente, le rôle des deux parties est parfaitement distinct; impossible de confondre le vendeur d'une part, l'acheteur de l'autre. De là cette conséquence que la vente engendre deux actions très-distinctes : l'action *venditi* et l'action *empti*. Il en est autrement dans l'échange : là les deux parties jouent le même rôle, et il n'est possible de distinguer le vendeur de l'acheteur que dans quelques hypothèses particulières.

De cette différence entre les deux contrats résultent les conséquences suivantes :

a. L'usage d'interpréter les pactes obscurs contre l'acheteur ne peut être transporté en matière d'échange (L. 21, *De contrah. empt.*, XVIII, 1).

b. L'action en rescision pour lésion de plus de moitié, admise au profit du vendeur, ne doit pas être étendue aux échangeistes (L. 2 et 8, *Cod.*, *De rescind. vend.*, IV, 44).

c. Les deux échangeistes, jouant à la fois les rôles de vendeur et d'acheteur, par voie de conséquence on avait fini par leur accorder les actions édilitiennes résultant des vices rédhibitoires, alors que ces actions dans une vente ne peuvent profiter qu'à l'acheteur.

Deinde aiunt ædiles, emptori, omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus : pollicentur emptori actionem, et successoribus ejus qui in universum jus succedunt. Emptorem accipere debemus eum, qui pretio emit ; sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emptoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri (L. 19, § 5, *De ædil. edict.*, XXI, 1).

3° En matière d'échange, de part et d'autre il doit y avoir translation réciproque et immédiate de propriété (L. 1, *pr.*, *D.*, *De rer. permut.*).

Au contraire, dans la vente l'acheteur est incontestablement obligé à transférer la propriété du prix (L. 11, § 2, *De act. empt. et vend.*, XIX, 1) ; mais le vendeur n'est point tenu, en principe du moins, de transférer la propriété de la chose. Cette différence s'explique sans peine. Il sera souvent difficile au ven-

deur d'être assuré que la chose lui appartient, et par suite il serait bien rigoureux de le soumettre à une action en garantie, par cela seul que l'acheteur découvre qu'il n'est pas propriétaire, et lorsqu'il n'a pas été encore inquiété. L'acheteur, au contraire, peut transférer sans difficulté la propriété des écus; qu'il paie par l'entremise d'un *argentarius* ou qu'il prenne lui-même les deniers dans sa caisse, dans aucun cas le vendeur n'aura à craindre une revendication. S'ensuit-il que le vendeur ne sera tenu, dans aucun cas, de transférer la propriété à l'acheteur? Non, nous ne croyons pas que la règle soit aussi absolue.

Paul ramène à trois principales les obligations du vendeur : *venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo* (L. 1, pr., D., De rer. permut., XIX, 4).

La première obligation impose au vendeur la nécessité de transférer à l'acheteur la possession paisible dans tous les cas; qu'il soit propriétaire ou non, peu importe, la loi ne distingue pas.

De l'obligation de ne pas commettre de dol découle cette conséquence : que si le vendeur est propriétaire, il doit transférer la propriété; que s'il ne l'est pas et qu'il l'ait su, il peut être poursuivi immédiatement. Dans le cas, au contraire, où il était de bonne foi, il est à l'abri de toute poursuite. Il reste toujours soumis, il est vrai, à l'obligation de transférer la possession paisible; mais l'acheteur ne peut se plaindre qu'autant que sa possession a été troublée. De ce qui précède résulte cette différence entre la vente et

l'échange : au lieu que le vendeur de la chose d'autrui, alors qu'il a été de bonne foi, ne peut être poursuivi qu'après l'éviction ou après un fait assimilé à l'éviction, l'échangiste que l'on a rendu propriétaire d'une chose à soi appartenant, et qui par contre a livré celle d'autrui, pourra, sans distinction aucune, immédiatement être poursuivi, soit par l'action *præscriptis verbis*, soit par la *condictio*.

Cependant, il importe de répondre à deux objections que l'on peut faire relativement à l'exercice de ces deux actions dans notre hypothèse. A l'égard de l'action *præscriptis verbis*, on objecte que la loi 4, § 4, *De rer. permut.*, paraît subordonner l'exercice de cette action à l'éviction réelle. Cette loi est ainsi conçue : *Unde si ea res quam acceperim vel dederim postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.*

Pour répondre à cette objection, il importe de se reporter au *principium* de la loi que nous venons de citer, et qui est ainsi conçu : *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor; ita pretium aliud, merx; at in permutatione discerni non potest, uter emptor, vel uter venditor sit.*

Ainsi, Paul a commencé par conclure que la vente ne doit pas être confondue avec l'échange. Et c'est après avoir établi cette distinction qu'il conclut, au § 4, que l'échangiste peut être poursuivi *si res evincatur*. Il paraît bien que le mot *evincere* est pris ici dans son sens le plus large. S'il en était autrement, en effet, Paul, au lieu d'établir une différence entre les deux contrats, n'établirait qu'une ressemblance,

et, chose plus grave encore, il contredirait la loi 5, qui émane de lui comme la loi précédente.

Relativement à la *condictio*, on nous oppose la loi 4, Cod., *De rerum permut.*, où la *condictio* est accordée par l'empereur Gordien à l'échangiste évincé. Mais il est à remarquer que, dans l'espèce dont il s'agit (nous avons donné précédemment le texte de ce rescrit), l'éviction avait été réalisée. Et en décidant que le consultant peut exercer la *condictio*, le rescrit ne veut pas dire qu'à défaut d'éviction réalisée, cette action doit être déclarée non recevable.

4^o Lorsque le vendeur a livré la chose en suivant la foi de l'acheteur, il ne peut pas plus tard, à défaut de paiement, répéter cette chose; il a cessé d'être propriétaire, et, d'autre part, il n'a pas livré *sine causâ*, puisque le but qu'il se proposait en livrant était de remplir son obligation de vendeur.

Dans le cas d'échange, au contraire, celui qui, ayant livré un objet, n'a rien reçu de son coéchangiste, peut répéter l'objet en question par une *condictio ob rem dati re non secutâ*. On s'est demandé si, au cas d'échange, la partie qui a donné sa chose ne peut elle-même pas la répéter *ex pœnitentiâ*, avant que l'autre ne soit en demeure de livrer la sienne? Quelques auteurs pensent qu'elle le peut. A l'appui de leur opinion, ils invoquent des textes où l'on voit qu'une personne qui vous a fait une dation *ut Stichum manumittas* peut exercer une *condictio ex pœnitentiâ*. *Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis possum condicere : aut si pœniteat (condicere possum).*

(Ulp., l. 3, § 2, D., *De condict. caus. dat.*, XII, 4).

Nous croyons, pour notre part, que cette opinion est erronée. Le droit et l'équité s'opposent également à ce qu'une partie contractante demeure maîtresse de résoudre ou de conserver le contrat, selon ses convenances et son caprice. Pour admettre ce droit de résolution facultatif au profit du créancier, il faudrait un texte formel et précis, et rien de moins concluant que le texte que nous opposent nos adversaires. Dans la loi 3, § 2, *De condict. caus. dat.*, la personne qui fait une dation *ut Stichum manumittas* est dans une position analogue à celle d'un mandant, et Ulpien fait ici une sorte d'application du principe que le mandat, de sa nature, est révocable au gré du mandant.

On le voit, nul motif d'analogie pour étendre au cas de simple échange la décision d'Ulpien. Mais ce n'est pas tout : nous avons encore en notre faveur plusieurs textes formels qui proscrivent le *jus pœnitendi*, en subordonnant l'exercice de la *condictio* à une violation du contrat (l. 5 et 7, *De rer. permut.*, C., IV, 64, et Papianus, l. 7, *præscriptis verbis*).

Papinien s'exprime ainsi : *Si tibi decem dedero ut Stichum manumittas et cessaveris, confestim agam præscriptis verbis ut solvas quanti meâ interest, aut si nihil interest, condicam tibi ut decem reddas.*

Papinien suppose, dans l'espèce, qu'il y a eu une négligence imputable au débiteur, et il donne au créancier le choix entre les deux actions. Mais il a soin de faire observer que l'action *præscriptis verbis* pourra, dans certains cas, lui manquer, à défaut d'un

intérêt appréciable à obtenir l'affranchissement de Stichus. Dans cette hypothèse, la *condictio* lui appartiendra seule. Telles sont les différences qui existent entre le contrat de vente et le contrat d'échange.

DEUXIÈME PARTIE.

Des contrats à titre onéreux entre époux.

Difficile sujet, plus pratique encore et plus important que difficile, qui intéresse au plus haut degré tous les époux, toutes les familles, et sur lequel néanmoins, à ce moment même, on ne trouve encore, j'ose le dire, qu'incertitudes et obscurités dans la jurisprudence et dans la doctrine.

(DEMOLOMBE, *Du Mariage.*)

PRÉFACE.

D'après le plan que nous avons exposé au commencement de notre opuscule, nous n'avons à nous occuper des contrats à titre onéreux entre époux que sous l'empire du droit coutumier et sous l'empire du code Napoléon. A l'égard du droit romain, nous nous bornerons simplement à indiquer, en peu de mots, quels étaient les principes suivis en cette matière. Nous aurons occasion de remarquer que, sous l'empire des diverses législations soumises à notre étude, la matière des contrats, à titre onéreux entre époux, offre une grande affinité avec le statut des donations entre époux. Aussi devons-nous souvent, dans l'étude de cette question, toucher simultanément et aux contrats à titre onéreux et aux donations.

Dans les premiers âges du droit romain, la *manus* et la tutelle perpétuelle des femmes s'opposaient à la formation des contrats entre époux; mais peu à peu, sous l'influence d'une civilisation plus avancée, les institutions quasi-barbares des premiers siècles de Rome tombèrent en désuétude; l'émancipation de la

femme fit des progrès rapides ; la loi lui accorda un droit de souveraine administration sur ses biens paraphernaux, et alors les contrats à titre onéreux devinrent possibles entre époux. Cette liberté contractuelle ne tarda même pas à devenir excessive ; de là une réaction qui se manifesta par la prohibition des donations entre époux. Les donations étant prohibées, les parties cherchèrent à éluder la loi en déguisant les avantages qu'elles voulaient se faire sous la forme et l'apparence de contrats à titre onéreux ; de là l'origine de nombreuses difficultés dans la jurisprudence romaine. Dans le dernier état du droit, sous l'empire de la législation de Justinien, les conventions légalement formées entre époux continuaient à être admises comme précédemment ; des peines modérément sévères frappaient les contraventions à la loi sur les donations. Telle était la situation respective des époux, au point de vue de la faculté de contracter entre eux, dans le dernier état du droit romain. Tel fut le système suivi en France dans les pays de droit écrit. Mais si de ces pays nous passons aux pays de coutumes, nous trouvons un droit empreint d'un caractère tout différent. Dans le dernier état du droit romain, comme nous venons de le voir, le principe dominant était la liberté de contracter ; ici, c'est tout le contraire : prohibition absolue dans un certain nombre de coutumes, graves restrictions dans toutes. Les coutumes les moins sévères ont en haine le contrat onéreux ; car, entre époux, il menace, autant que la donation, un principe cher à nos vieux légistes : le

principe de la conservation des biens propres dans les familles. Le droit intermédiaire et le code Napoléon modifièrent cet état de choses, et cependant le code civil a négligé de nous donner une théorie générale sur cette importante question. C'est cette lacune que nous nous efforcerons de combler; nous examinerons quelle est, en thèse générale, la légalité des contrats onéreux entre époux. Nous nous demanderons si, à un point de vue purement philosophique, les entraves apportées à ces conventions peuvent être justifiées. Nous nous efforcerons d'établir, par l'analyse rigoureuse des textes, que sous l'empire de notre code, à la différence du droit coutumier, la capacité de contracter entre époux est la règle et l'incapacité l'exception. Ce principe une fois établi, notre travail se trouve presque terminé; nous nous sommes proposé de donner une théorie des contrats à titre onéreux entre époux, théorie qui n'existe pas dans notre Code. Une fois cette théorie établie, et établie dans le sens de la capacité, comme règle générale, nous n'avons à nous occuper des contrats en particulier que tout autant qu'ils sont, de la part du Code, l'objet de dispositions spéciales. Telle est, par exemple, la vente (art. 1595) à laquelle nous avons consacré un chapitre. A l'égard des autres contrats onéreux (cautionnement, constitution de rente, prêt à intérêt, louage, mandat, etc.), ils auront lieu entre époux absolument comme entre étrangers; pas de difficultés particulières: nous sommes sous l'empire du droit commun.

Les époux ayant, *in thesi*, la faculté de contracter

entre eux, on est conduit à se demander s'ils peuvent exercer, à l'encontre l'un de l'autre, des poursuites pendant la durée du mariage. Cette question sera l'objet d'un chapitre spécial.

PREMIÈRE PARTIE.

Des contrats à titre onéreux entre époux dans le droit français des coutumes.

1. — Il importe tout d'abord de distinguer entre les provinces de droit écrit et les pays de droit coutumier. Dans les pays de droit écrit règne la législation de Justinien. Les pays de droit écrit, nous dit M. Troplong, ne tenaient pas d'une manière absolue à l'irréformabilité des contrats de mariage; de plus, ils donnaient aux époux la capacité de contracter entre eux; enfin, ils leur permettaient de se faire des donations, pourvu que ces donations fussent confirmées par la mort du donateur sans repentir. Dans les pays de droit coutumier, apparaît une législation nationale, féodale, empreinte d'un caractère tout différent et rompant entièrement avec le droit de Justinien. Dans le droit de Justinien, et dans les pays de droit écrit, la capacité de contracter entre époux est la règle, et l'incapacité l'exception; ici c'est tout le contraire: le principe prédominant, c'est l'incapacité.

2. — Citons quelques textes. L'article 440 de la coutume de Normandie s'exprime ainsi : « Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie. » — Rien de plus explicite que ce texte ; les donations, cessions de créances, contrats à titre onéreux, sont prohibés de la façon la plus formelle.

3. — La coutume de Nivernais, ch. 23, art. 27, interdit aussi les contrats entre époux : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre. »

Même disposition dans la coutume du Bourbonnais, art. 226 : « Le mary, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme... nec contra. »

4. — Telles étaient, à cet égard, les dispositions des coutumes les plus rigoureuses ; nous verrons plus loin qu'il n'en était pas de même dans tous les pays coutumiers. D'autre part, il ne faudrait pas prendre au pied de la lettre l'interdiction si rigoureuse de la coutume de Normandie, à en juger par la manière dont s'exprime un commentateur de cette coutume, Basnage (Commentaire sur l'article 444 de la coutume de Normandie, t. II). « La coutume, » dit Basnage, « avait parlé trop généralement en l'article précédent (440), lorsqu'elle avait défendu aux gens mariés de faire aucuns contrats entre eux, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre ; car l'on pouvait induire de

» cette *disposition générale*, qu'un mari n'aurait pu
» *bailler de ses biens* à sa femme pour le *remploi* de ses
» héritages qu'il aurait aliénés; mais elle *n'avait in-*
» *tention* que de défendre les contrats qui seraient
» faits en fraude et pour se faire avantage l'un à l'au-
» tre; et c'est pourquoi, dans cet article, elle apporte
» cette exception, que si le *mary* a aliéné l'héritage
» de sa femme, il peut lui transférer du sien pour *ré-*
» *compense*, pourvu que ce soit *sans fraude* et sans *dé-*
» *guisement*. »

5. — Pothier et Dumoulin confirment l'interpréta-
tion de Basnage, car tout en admettant l'un et l'autre
que les dispositions des coutumes précédemment citées
doivent recevoir leur application dans les coutumes
qui ne s'en sont pas formellement expliquées, ils pa-
raissent cependant admettre le commentaire de Bas-
nage, sur l'article 411 de la coutume de Normandie,
c'est-à-dire ne prohiber les contrats entre époux que
dans le cas où il paraîtrait en résulter quelque avan-
tage indirect, soit pour l'un, soit pour l'autre. Pothier
(n° 78, Des donations entre mari et femme) s'exprime
ainsi : « Notre droit français a été beaucoup plus attentif
» que le droit romain) à prévenir tous les avantages
» indirects, que des conjoints par mariage pourraient
» se faire, par les différentes espèces de contrats qui
» interviendraient entre eux pendant leur mariage,
» par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre quel-
» que chose de leurs biens. »

« Quelques coutumes s'en sont expliquées, » ajoute
Pothier; « cela a pareillement lieu dans les coutumes

qui ne s'en sont pas expliquées. » C'est pourquoi Dumoulin, sur l'article 256, de l'ancienne coutume de Paris, n^o 5, établit ce principe : Que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité; *nullum contractum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate.*

Lebrun (*Traité de la communauté*, liv. II, ch. I, sect. n^o 39), nous dit encore, plus clairement que Dumoulin : « Que rien n'empêche qu'un mari et une » femme séparés *contractent l'un avec l'autre, pourvu* » qu'ils ne se donnent ni *directement* ni *indirectement.* »

Tel était le droit commun coutumier ; mais certaines coutumes paraissaient être allées un peu plus loin dans la voie des dérogations au principe rigoureux d'interdiction des contrats entre époux.

Ainsi la coutume de Bourgogne (art. 26) autorise les contrats entre époux en *présence* et avec le *consentement* des familles. L'article 26 de cette coutume s'exprime ainsi : « Le mari et la femme ne peuvent faire » *traité, donation, confession* ou autres contrats, *constant* leur mariage, par testament ou ordonnance » de *dernière volonté* ou autrement, si ce n'est du *consentement* des plus prochains *parents vivants* qui *devaient* succéder au mari ou à la femme. » Cette disposition a pour but de sauvegarder l'intérêt des héritiers et d'empêcher les biens de l'un ou de l'autre conjoint de sortir de la famille.

La coutume d'Auvergne, tout en défendant les contrats qui appauvrissent la femme au profit du mari ou des personnes dont il est héritier présomptif, permet

ceux qui ne préjudiciaient qu'au mari. L'article 46 du chapitre XIV de cette coutume s'exprime ainsi : « La femme, durant le mariage, ne peut faire à son » préjudice aucune *association, donation, ny autre contrat* avec son mary, et au profit d'icelui ou d'autre » à qui le mary *puisse succéder.* » Ici on semble redouter l'influence du mari sur la femme.

Telles étaient les dispositions du droit coutumier à l'égard de la faculté de contracter entre époux. On le voit, même dans les coutumes les moins rigoureuses, même avec les concessions progressives que nous venons de faire remarquer, le principe dominant la matière était toujours l'interdiction; la faculté de contracter, l'exception; contrairement aux lois romaines, qui ne présumaient pas la simulation de plein droit, et même recommandaient de ne pas se montrer trop rigoureux dans la critique des clauses du contrat (*Non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibita donationis tractandum esse, sed ut inter conjunctos maximo effectu et solam inopiam ex mutuâ donatione timentes.* Paul, l. 28, § 2, *De donat. inter vir. et uxor.* Voet, n° 44, et Poth., *loc. cit.*). Le droit coutumier admettait en principe la simulation.

La nécessité de maintenir l'intégrité des biens patrimoniaux dans les familles explique cette disposition rigoureuse, comme cela apparaît dans de nombreux passages de commentateurs des coutumes.

Ainsi Basnage (art. 410, *Coutume de Normandie*) nous dit : « La prohibition faite aux conjoints de se » donner n'est pas fondée seulement sur les principes

» du droit romain ; le droit français a eu particulière-
» ment cette vue : de conserver les biens dans les
» familles, et c'est pourquoi il n'est pas permis, comme
» par le droit romain, de rendre cette prohibition
» illusoire par une infinité de manières. »

Nous avons vu précédemment que la coutume de Bourgogne permettait les contrats entre les époux sous la surveillance des présomptifs héritiers. A propos de l'article 26 de cette coutume, Bouhier dit que ce consentement est requis : *non solo favore mulierum, sed etiam favore agnatorum ne hereditaria bona diriperentur.*

D'Argentré, sur l'article 221 de la coutume de Bretagne, explique, par le même motif, l'interdiction dont étaient frappés les actes d'aliénation entre époux. « *Et in voluntariâ alienatione non est ferendum alter ab altero adimi rerum patrimonialium et avitarum potestatem ; quia hæredum quoque consideratio obstat volentibus.* »

Telles avaient été les règles du droit coutumier à l'égard des dispositions entre époux ; ce droit, variable de coutume à coutume, mais en général très-rigoureux à son origine, s'était peu à peu relâché de sa sévérité primitive, à mesure que s'amointrissait le principe de la conservation des biens dans les familles. Ce fut bien autre chose sous le droit intermédiaire ; les prohibitions générales de l'ancien droit à l'égard des contrats à titre onéreux entre époux disparurent ; les lois du 17 nivôse an II et du 30 pluviôse an XII adoptèrent les dispositions nouvelles que nous allons étudier dans le code civil.

DEUXIÈME PARTIE.

Des contrats à titre onéreux entre époux sous
l'empire de notre code civil.

PRÉLIMINAIRES.

Avant de nous livrer à l'étude des textes relatifs à notre sujet, nous avons à nous demander si les restrictions, apportées au droit de contracter entre les époux, ont leur raison d'être à un point de vue philosophique et rationnel. Nous avons à nous demander si au point de vue 1° de la situation commune des époux ; 2° au point de vue de la situation particulière de la femme vis-à-vis du mari, ces prohibitions peuvent être véritablement justifiées. Qu'est-ce qu'un contrat en général? c'est une loi particulière édictée pour un cas spécial, et qui oblige les parties entre lesquelles il se produit, autant que les lois générales obligent tous les citoyens. Mais de même que les lois générales, les contrats, lois particulières, subissent dans toutes les législations des restrictions tant au

point de vue objectif qu'au point de vue subjectif. Ces restrictions sont amenées par la nature même des choses, l'absolu n'étant point de ce monde. Au même titre que la loi publique et générale, la convention doit être l'œuvre de volontés aptes et libres. Le devoir du législateur est d'écarter soigneusement en cette matière tout élément d'influence illégitime, tout entraînement irréfléchi. Or, les époux, dans le mariage, ne sont pas vis-à-vis l'un de l'autre dans une situation normale. Dans ce *consortium omnis vite*, dans cette communauté perpétuelle d'intérêts et d'affections, la liberté d'esprit nécessaire pour contracter avec pleine connaissance de cause peut se trouver singulièrement altérée par des obsessions réciproques. Cette objection, empruntée à la situation commune des deux époux, a d'autant plus de force qu'en cette matière le repentir est impossible; il est de principe que le contrat, œuvre d'une double volonté, ne puisse pas être détruit dans la suite au gré d'une révocation solitaire. Les auteurs de notre code civil, comme nous le verrons plus loin, se sont préoccupés de cette situation commune des époux au point de vue de la liberté de contracter, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Notre code a-t-il tenu compte de la situation particulière de la femme vis-à-vis du mari? Non: en toute cette matière les époux paraissent être sur le pied d'une parfaite égalité.

Telle est la décision du code civil en cette matière; rationnellement parlant, on comprendrait que la femme, eu égard à sa situation perpétuelle de dépen-

dance vis-à-vis de son mari, à son peu d'habitude des affaires, eût été protégée plus efficacement que ce dernier.

Ces préliminaires généraux exposés, nous arrivons à l'étude de notre sujet, sous l'empire du code civil.

CHAPITRE PREMIER.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

1. — Bien que le plan adopté par nous ne comporte pas l'étude complète des donations ou contrats à titre gratuit, ce sujet offre, néanmoins, une telle affinité avec celui que nous traitons, que nous ne pouvons le passer complètement sous silence.

2. — La plupart de nos coutumes, comme nous l'avons vu précédemment, interdisaient les donations entre époux. Cette prohibition reposait sur un double motif : 1^o Conservation des biens patrimoniaux dans les familles; 2^o Obstacle apporté à la tendance que pouvaient avoir les époux à se dépouiller réciproquement sous l'influence d'un amour aveugle ou irréféchi.

Aujourd'hui, le dernier motif subsistant seul, les donations entre époux sont permises en règle générale; mais la loi, à côté du danger, a placé le remède, en rendant ces donations *essentiellement révo-*
cables.

Toutes les donations que les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage sont permises entre époux (V. 947, combin. avec 943 et 946). Mais plusieurs différences existent entre ces deux genres de donations :

1^o Les donations entre futurs époux sont *absolument irrévocables*, lorsqu'elles ne comprennent que des biens présents ; elles sont irrévocables *quant au titre*, lorsqu'elles comprennent des biens à venir. Au contraire, les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours *essentiellement révocables*.

Cette différence s'explique aisément : avant le mariage, chacun des futurs époux étant indépendant l'un vis-à-vis de l'autre, est censé pouvoir librement stipuler et débattre ses intérêts. La situation change après la célébration du mariage. Les deux époux se trouvent, à l'égard l'un de l'autre, dans une communauté d'intérêts et d'affections qui fait que leur volonté n'est plus absolument libre ; tel était le grave danger que la loi a prévenu par le principe de la révocabilité.

2^o Les donations faites entre futurs époux par leur contrat de mariage sont dispensées de la solennité de l'acceptation. Celles qui sont faites entre époux pendant le mariage y sont, au contraire, soumises.

Nous n'avons pas à traiter toute la matière des donations entre époux ; mais la question de savoir quel sera le droit d'une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux rentre évidemment dans

notre cadre, et nous allons exposer la question avec certains développements.

§ II. — L'article 1099, c. civ., s'exprime ainsi sur la question :

« Les époux ne peuvent se donner *indirectement* au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus (art. 1091, 1092 et suiv.). Toute donation, ou *déguisée*, ou faite à *personne interposée* sera nulle. »

Que signifie la seconde disposition de l'article 1099? Quatre systèmes sont en présence.

a. D'après le premier, cette libéralité doit être assimilée à la *première* ; car elle ne constitue, comme celle-ci, qu'une *libéralité indirecte* ; par suite, elle sera valable pour le tout, si elle n'excède point la quotité disponible, et réductible seulement dans le cas où elle l'excédera (Duranton, t. IX, n° 831 ; Coin Delisle, n° 2, art. 1099).

b. Le second système établit une distinction selon que la libéralité excède ou n'excède pas la quotité disponible. Dans le premier cas, elle est nulle pour le tout, et non pas seulement réductible ; elle est valable dans le second cas (Dév. 1849, I, 165 ; Dalloz, 1837, III ; Troplong, t. IV, n° 2744).

c. Le troisième système repose aussi sur une distinction. Si la libéralité a été faite dans le but d'excéder la quotité disponible (et si de fait elle l'excède, on doit présumer cette intention), elle est nulle pour le tout, et non pas seulement réductible ; elle n'est, au contraire, que réductible, si elle n'a pas été faite dans la vue d'excéder la quotité disponible (Cass.,

30 novembre 1831; Delvincourt, t. II, sur l'art. 1098).

d. Enfin, d'après le quatrième système, la libéralité doit être nulle dans tous les cas pour le tout, qu'elle excède ou qu'elle n'excède pas la quotité disponible, peu importe, et sans qu'il soit besoin de rechercher dans quel dessein la simulation a été employée.

Cette dernière opinion, quelque rigoureuse qu'elle puisse paraître au premier abord, nous semble plus conforme et à la logique, et à la lettre, et à l'esprit de la loi. Voici comment elle peut être établie :

1° Le point le plus important de la controverse porte sur le sens littéral de l'article 1099. Il s'agit de savoir si le second alinéa de l'article 1099 n'est qu'un développement du premier, ou s'il forme, au contraire, une disposition spéciale et distincte. Si l'on admet la première opinion, les donations déguisées ou faites à personnes interposées se confondent toujours avec les donations indirectes. Or, les donations indirectes sont seulement réductibles; donc, toutes les donations comprises dans les deux alinéas de l'article 1099 ne seront que réductibles et non pas nulles. Telle est la base du premier système.

Cette interprétation nous paraît inexacte. En l'admettant, en effet, on rend complètement inutile le second alinéa de l'article 1099. Pourquoi, dans un même article, le législateur aurait-il écrit deux fois la même règle et dans deux alinéas différents? Pourquoi encore aurait-il dit que la donation sera *nulle*,

s'il avait seulement voulu dire qu'elle serait réductible et sujette à retranchement? A quoi bon cette redondance, à quoi bon ces expressions qui ont chacune un sens distinct? Les articles 920 à 930, 1496, 1517, 1595, qui ont trait à des cas de réduction, au lieu des expressions *nulle*, *nullité*, *annuler*, ne renferment d'autres termes que *retrancher* ou *réduire*. Le second alinéa de l'article 1099, au contraire, ne dit pas que la donation sera *réduite*, mais *nulle*. Ce texte est clair; il ne peut se confondre avec le premier alinéa, qui ne parle, lui, que de réduction.

Les partisans du système que nous combattons essaient de tirer un argument en leur faveur de l'article 911. Cet article, disent-ils, se sert de l'expression *nulle* pour la libéralité faite (par simulation d'un acte onéreux ou par interposition de personne) à un incapable. Néanmoins, tout le monde admet que, dans ce cas-là, la nullité n'a pas lieu nécessairement pour le tout, mais seulement pour ce qui excède la capacité du donataire.

Cela est vrai; mais l'argument d'analogie qu'on veut en tirer n'existe réellement pas. L'article 911 ne déclare la disposition nulle qu'en tant qu'elle s'adresse à un incapable; mais il ne déclare pas nulle toute *donation déguisée* ou faite par *personne interposée* à un enfant naturel par son auteur. Or, l'enfant naturel n'est pas incapable de recevoir la portion qu'il peut recueillir dans la succession de son auteur; donc, la donation déguisée qui lui transmet cette portion sans la dépasser n'est pas déclarée nulle par l'article 911.

Il suit de là que si la *donation déguisée* va au delà de cette portion, elle est seulement réductible, puisque en deçà l'enfant naturel n'est pas incapable. Bien différente est la disposition de l'article 1099. La donation déguisée ou par personnes interposées qu'il déclare nulle, c'est celle qui est faite par l'un des époux, et il est clair que s'il y a des limites, des degrés, du plus ou du moins dans l'incapacité, il n'y en a pas dans la qualité d'époux; donc, toute *donation déguisée* ou par personnes interposées, qui a été faite entre époux, est toujours nécessairement nulle.

2^o Les partisans du système opposé essaient encore de se faire un argument de l'article 843. Cet article, disent-ils, entend évidemment embrasser toutes les libéralités possibles, quand il oblige l'héritier à rapporter à la succession tout ce qu'il a reçu du défunt, *directement ou indirectement*; et, par suite, les dons indirects embrassent bien là toutes les libéralités qui ne sont pas faites par un acte *ouvert et formel*, et, par conséquent, celles qui se font par simulation d'acte onéreux ou par interposition de personnes, aussi bien que toutes autres.

Cette argumentation n'est que spécieuse. L'article 843, qui soumet au rapport les dons indirects comme les dons directs quand ils ne sont pas faits expressément par préciput', hors part, ou avec dispense du rapport, n'a pas du tout en vue les dons faits par *simulation* d'un acte onéreux ou par interposition de personnes, puisque ceux-ci sont déclarés (par les art. 847, 849, 918) dispensés du rapport de plein

droit, et sans aucune expression de volonté à cet égard.

3° Ce n'est pas avec plus de raison que l'on objecte que la sanction sévère que nous admettons n'a pas de précédents dans le droit ancien et ne repose que sur une distinction subtile entre les donations indirectes et les donations déguisées. Tout en convenant avec nos adversaires que la loi *hâc edictali* semble ne pas admettre cette distinction et que l'édit de 1560 laisse supposer la réduction pour tous les cas, nous soutenons cependant que la distinction que nous proposons était reconnue en droit romain et dans l'ancien droit français. En droit romain, on la trouve exprimée dans un fragment de Pomponius (L. 5, ff., *De donationibus inter virum et uxorem*). *Circa venditionem quoque, Julianus (quidem) minoris factam venditionem nullius esse momenti ait : Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam, nullius esse momenti.....*

Et dans l'ancien droit français, Pothier (*Des donations entre mari et femme*, n° 78), s'exprime ainsi à cet égard : « Les avantages qui étaient simulés, et qui » n'étaient faits que pour couvrir et déguiser une do- » nation que l'un des conjoints voulait faire à l'autre, » étaient déclarés nuls ; les autres, qui n'étaient qu'in- » directs, étaient valables ; on réformait seulement » l'avantage prohibé qu'ils renfermaient. » En effet, cette distinction, loin d'être subtile et arbitraire, dérive de la nature même des choses ; sans doute, les avantages déguisés sont nécessairement aussi des

avantages indirects, mais la réciprocité n'est pas vraie, et il est facile de l'établir.

Les donations indirectes sont celles qui, faites autrement que par un acte solennel de donation, se présentent ostensiblement avec leur nature de libéralités. Telle est, par exemple, la suppression d'un titre de créance, la remise d'une somme d'argent ou d'objets mobiliers quelconques de la main à la main, la renonciation à une succession lucrative, dans l'unique but de faire accroître la part du renonçant à celle du cohéritier, les avantages qui résultent des conventions matrimoniales en faveur de l'un des époux. Ce qui caractérise l'avantage indirect, c'est qu'on ne rencontre dans ces sortes d'avantages, ni l'emploi d'un *acte onéreux*, ni l'interposition d'une *personne tierce* à laquelle la *libéralité* est en *apparence adressée*.

Dans le cas, au contraire, où la libéralité a été dissimulée sous la forme d'un *acte onéreux*, ou lorsqu'elle a été faite à un autre qu'à l'époux qui doit en recueillir le bénéfice, dans ce cas-là, il y a bien avantage indirect *lato sensu*; mais plus spécialement et par opposition aux avantages *indirects proprement dits*, il y a *donation déguisée* ou faite à *personne interposée*.

4° La sévérité de l'article 1099, avec le sens que nous lui donnons, se comprend aisément. Le législateur, comme le prouvent les articles 1094, 1098 et 1100, a redouté par dessus tout l'influence des époux l'un sur l'autre; il a pensé que la simulation de l'acte onéreux et l'interposition des personnes, qui sont les moyens de fraude les plus ordinaires, pourraient être

employés souvent entre époux ; c'est pour les en détourner plus efficacement qu'il a déclaré que la donation, dans ce cas, ne produirait aucun effet. Ainsi, ces donations déguisées ou faites avec interposition, qui pour toutes autres personnes restent valables dans les limites du disponible, seront toujours nulles entre époux.

5° Tout ce que nous venons de dire, en prouvant contre le premier système que les donations entre époux sont nulles pour le tout et non pas seulement réductibles, a prouvé également, contre le second système et contre le troisième, qu'elles sont nulles pour le tout et dans tous les cas. En effet, la généralité des termes de l'article 1099 résiste aux distinctions arbitraires proposées par l'un et l'autre des deux derniers systèmes.

§ III. — Par qui peut être proposée la nullité de la donation déguisée ou faite à personne interposée ? D'après la doctrine que nous avons adoptée, nous croyons que la nullité de la donation déguisée ou faite à personne interposée est proposable par toute personne intéressée, c'est-à-dire non-seulement par les héritiers à réserve, mais encore par le donateur lui-même ou par ses créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à la donation, en vertu de l'article 1166. Plusieurs auteurs et une partie de la jurisprudence soutiennent, au contraire, que le droit de proposer cette nullité n'appartient qu'aux *héritiers réservataires*, et qu'il ne peut être exercé, ni par le donateur, ni par ses créanciers, à moins qu'ils ne soient antérieurs à la donation

et qu'ils n'agissent en vertu de l'article 1467 (V. Cass. 2 mai 1855; Deballut, *Dév.* 1856, I, 178; Tessier, *Traité de la dot*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 542 et 628; Troplong, t. IV, nos 2745, 2746).

Voici en quels termes s'exprime un des partisans de cette opinion : Troplong (*Des donations entre époux*, t. IV, n° 2745).

« De ce que l'action en nullité fait tomber la donation
» au lieu de la réduire, on en a conclu qu'elle est ab-
» solue et qu'elle appartient à toute personne intéres-
» sée à la nullité. — On ne saurait avancer une plus
» grande erreur. L'action en nullité n'est ici qu'une
» aggravation de l'action en réduction; elle n'appar-
» tient qu'à ceux qui peuvent intenter l'action en ré-
» duction et en profiter. Il est vrai que l'on dit quel-
» quefois que la nullité prononcée par notre article
» est absolue. Mais on ne lui donne cette qualification
» que par opposition à la réduction; elle n'est pas ab-
» solue en ce sens qu'elle existe au profit de tout le
» monde. »

On le voit, d'après Troplong, l'action en nullité n'est qu'une aggravation de l'action en réduction, et il raisonne juste à son point de vue, puisque, selon lui, les donations déguisées ou faites par personnes interposées, d'après l'article 1099, ne sont nulles, que dans le cas où elles excèdent la quotité disponible. Mais, pour nous, qui admettons que dans tous les cas les donations déguisées ou faites par personnes interposées sont nulles, qu'elles excèdent, ou non, la quotité disponible, nous devons admettre, pour être logi-

ques, qu'elles sont nulles à l'égard de tous. En effet, pour nous, la nullité de l'article 1099 n'est pas une aggravation pénale de l'action en réduction; elle résulte d'une double cause :

1^o Vice de forme; 2^o Considération d'ordre public. Donc, la nullité ainsi expliquée avec le caractère qui lui appartient est proposable par tous les intéressés (Vernet, *Revue pratique de droit français*, 1863, t. IV, p. 195 et suivantes; Colmet de Santerre, t. IV, n^o 279 bis).

CHAPITRE II.

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX.

1. Nous venons de voir à quelles conditions et dans quelles limites les époux peuvent, sous l'empire de notre code civil, se faire des donations l'un à l'autre, et quel doit être le sort des donations déguisées ou faites à personnes interposées. Nous arrivons maintenant à la partie la plus difficile de notre sujet : aux contrats à titre onéreux en général. La faculté de donner entre époux est, en effet, réglementée par une série de textes formels. En est-il de même à l'égard des autres contrats? Point. Nulle règle générale, nulle disposition indiscutable recevant son application dans tous les cas. Les époux peuvent-ils passer entre eux tous les contrats que la loi ne leur interdit pas expressément, ou ceux seulement qu'elle leur permet par un texte formel? Enfin, à quelles

conditions peuvent-ils contracter ensemble? Autant de points d'interrogation. Nous essaierons cependant, malgré ces regrettables lacunes, d'établir une théorie des contrats onéreux entre époux, en nous inspirant des principes généraux du Code et en nous appuyant sur quelques articles, épars çà et là dans les chapitres qui traitent du mariage, du contrat de mariage, de la vente, des obligations, etc.

Mais, d'abord, quelques explications très-rapides, sur l'incapacité de la femme mariée, sont nécessaires.

§ 4. — Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour reconnaître que l'incapacité de la femme mariée a pour fondement :

1° L'obligation d'obéissance dont elle est tenue envers son mari. C'est là l'idée principale, la base de l'incapacité. 2° La faiblesse et l'inexpérience naturelles de la femme (*fragilitas sexûs*). C'est la raison subsidiaire, accessoire.

La femme mariée incapable, *in thesi*, peut être habilitée : 1° En règle générale, par son mari ; 2° Exceptionnellement, par la justice.

Quant à la nature de son incapacité, elle est double.

Non autorisée, la femme mariée ne peut faire valablement, ni des actes extra-judiciaires ni des actes judiciaires.

En matière d'actes extra-judiciaires, l'article 217 nous dit qu'elle est incapable : 1° De donner ; 2° D'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ; 3° D'hypothéquer ; 4° D'acquérir à titre onéreux ou à titre gra-

tuit. Bien que le Code ne se soit point expliqué en termes formels, on admet en général que la femme ne peut non-seulement aliéner, mais encore s'obliger sans l'autorisation de son mari ou de justice.

Telle est la règle qu'il ne faudrait cependant pas trop prendre au pied de la lettre. Les prescriptions de l'article 217 semblent s'appliquer sans distinction à tous les régimes matrimoniaux ; en réalité, il n'en est rien. L'incapacité de la femme n'est pas toujours la même : elle est plus ou moins grande, selon le régime adopté. A cet égard, il importe de faire la distinction suivante : Si la femme ne s'est point réservé le droit d'administrer ses biens, en tout ou en partie, elle ne *peut rien*, son incapacité est complète ; elle porte à la fois, et sur les actes de simple administration et sur les actes de disposition. Dans le cas, au contraire, où elle s'est réservée, en tout ou en partie, l'administration de ses biens (art. 1536 et 1576), son incapacité n'a trait qu'aux actes de disposition ; — sans autorisation aucune, elle peut faire tout acte d'administration.

Autre restriction.

Nous venons de dire qu'en principe la femme mariée ne peut *s'obliger* sans l'autorisation de son mari ou de justice. Cela n'est vrai que dans une certaine mesure, quand les époux vivent sous le régime de la séparation de biens. La femme séparée de biens ayant, en effet, la libre administration de sa fortune, ce pouvoir lui donne la faculté, non pas de faire toutes sortes d'actes, mais d'aliéner son mobilier et de

s'obliger dans la limite de l'administration de ses biens.

Une règle commune à tous les régimes, c'est celle qui impose à la femme la nécessité d'obtenir l'autorisation de son mari pour faire le commerce. Cette autorisation est générale et s'applique à tous les actes qui peuvent rentrer dans le négoce ; la femme commerçante oblige même son mari, mais seulement s'il y a communauté entre eux.

§ 2. — Des actes judiciaires. Art. 215. « La » femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation » de son mari, quand même elle serait marchande » publique, ou non commune, ou séparée de biens.»

Ainsi la règle est générale; elle s'applique :

1° Sous quelque régime que la femme soit mariée ;

2° A toute espèce de différends, et alors même qu'ils se rapportent à des actes qu'elle a pu faire sans autorisation ;

3° Alors même que la femme plaide contre son mari ;

4° Quel que soit son rôle dans l'instance, c'est-à-dire, soit qu'elle agisse comme défenderesse, soit qu'elle agisse comme demanderesse.

Deux exceptions cependant :

1° Lorsque la femme veut former une demande en séparation de corps ou de biens, elle peut, sans aucune autorisation, présenter la requête qui doit précéder sa demande ; à l'égard de la demande elle-même, elle la forme, non point avec l'autorisation de son mari ; mais avec l'autorisation du président du Tribunal (865, 875, 878, pr. c.) ;

2° Aucune autorisation n'est nécessaire non plus, lorsque la femme est défenderesse en matière *criminelle, correctionnelle* ou *de police* (art. 216, c. civ.)

§. 3. — Des cas dans lesquels l'autorisation de justice peut et doit suppléer l'autorisation du mari.

L'autorisation de justice peut suppléer l'autorisation du mari dans les cas suivants :

1° Lorsque le mari refuse injustement l'autorisation qu'on lui demande ; 2° lorsqu'il est en état de déclaration ou même de simple présomption d'absence.

Bien que le Code ne parle que de l'absence, on admet généralement que l'autorisation de justice pourra être demandée et obtenue, en cas de simple non présence, toutes les fois qu'il y aura *impossibilité* constatée d'obtenir en temps utile l'autorisation du mari ; 3° lorsqu'il est mineur ; 4° lorsqu'il est interdit. Le Code ne parle que de l'interdiction, mais il va sans dire qu'il en est de même quand le mari, sans être interdit, est placé dans une maison d'aliénés. Même solution à l'égard d'un mari pourvu d'un conseil judiciaire ; incapable de passer des actes pour son propre compte, il est évident qu'il ne peut autoriser sa femme (Art. 499 et 513).

5° Lorsqu'il est frappé d'une condamnation contradictoire, ou par contumace à une peine afflictive ou infamante, mais seulement pendant la durée de sa peine.

§ 4. — Des cas dans lesquels l'autorisation du mari ne peut pas être suppléée par l'autorisation de justice.

Ces cas sont les suivants :

1^o Lorsque la femme veut aliéner ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants communs (Art. 1555 et 1556 combinés) ;

2^o Lorsqu'elle veut faire le commerce (art. 4, code de commerce) ;

3^o Lorsque étant mariée sous un autre régime que celui de la séparation de biens, elle veut accepter une exécution testamentaire (Art. 1029).

§ 5. — Nous venons d'exposer très-sommairement les points principaux de l'incapacité de la femme au point de vue *objectif* ; le Code s'est suffisamment expliqué dans la plupart des cas : pas ou peu des controverses sérieuses. Où la difficulté commence, c'est si, du point de vue objectif de la question, nous voulons passer au point de vue *subjectif*, c'est-à-dire examiner non plus la nature des actes accomplis par la femme, mais bien la qualité des personnes qui contractent avec elle. Jusqu'ici, nous nous sommes toujours tenus dans l'hypothèse la plus générale ; nous avons toujours supposé que la femme autorisée, soit par le mari, soit par la justice, traitait avec des tiers, et dans son seul et unique intérêt.

Mais *quid juris* dans les deux espèces suivantes :

1^o La femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt du mari ; 2^o elle contracte directement avec le mari.

Nous arrivons ainsi à la question principale de notre thèse : la capacité respective des époux l'un envers l'autre.

Examinons d'abord la première hypothèse, dans

laquelle la femme contracte toujours avec un tiers, mais dans l'intérêt du mari.

§ 1. — Et d'abord, la femme peut-elle, en thèse générale, contracter en faveur de son mari ? Cela ne fait pas de doute. Le sénatus-consulte Velléien, qui leur enlevait cette faculté même dans le dernier état du droit romain n'étant plus en vigueur parmi nous (Art 217, et 1123 et 1124 combinés). Toute la question est de savoir, si le mari, étant intéressé dans le contract, son autorisation suffira à la femme, ou s'il faudra, au contraire, avoir recours à l'autorisation de justice.

Pour soutenir que l'autorisation de justice est nécessaire dans l'espèce, on se fonde sur les raisons suivantes :

1^o La maxime *nemo potest esse auctor in rem suam* (Instit., lib. 4, t. XXI, § 3), trouve ici son application ; le mari, chargé de protéger sa femme, ne saurait remplir ce devoir, lorsqu'il se trouve intéressé personnellement dans les obligations qu'elle contracte, et surtout lorsqu'elle ne s'oblige que pour lui ;

2^o En outre, le texte de l'article 1127 indique bien que telle a été la pensée des rédacteurs du Code ; la femme, nous dit cet article, « ne peut s'obliger ni » engager les biens de la communauté, même pour » tirer son mari de prison ou pour l'établissement de » ses enfants, en cas d'absence du mari, qu'après y » avoir été autorisée par justice. »

Donc la règle est générale ; puisque même pour tirer le mari de prison, même pour l'établissement des en-

fants (hypothèses des plus favorables), l'autorisation de justice est nécessaire, à plus forte raison en serait-il de même dans les cas ordinaires (D. Turin, 17 décembre 1808).

Cette opinion est aujourd'hui généralement rejetée par la doctrine et la jurisprudence, et nous croyons que c'est avec juste raison, en effet. 1^o A l'égard de la règle *nemo potest esse auctor in rem suam*, il est à remarquer qu'elle ne s'étendait pas au cas où la personne qui assiste un incapable, placé sous sa protection, ne devait profiter qu'indirectement de l'acte consenti par l'incapable. Voici comment s'exprime à cet égard la loi 1, § 1, D., *De auctoritate et consensu tutorum* : « *Quamquam regula sit juris civilis, in rem suam auctorem* » *tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui* » *debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem ac-* » *commodare, quamvis per hoc debitor ejus efficiatur ;* » *prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat ; per* » *consequentias contingit, ut debitum subeat... »* Et plus loin, L. 7, eod. tit. : « *Quod dicimus in rem suam auc-* » *toritatem accommodare tutorem non posse, tollens verum* » *est, quotiens per semet vel subjectas sibi personas acqui-* » *ritur et stipulatio : cæterum negotium et geri per conse-* » *quentias, ut dictum est nihil prohibet (auctoritas). »* Il en est à peu près de même dans notre hypothèse : la femme traitant directement et principalement avec un tiers, bien que dans l'intérêt du mari, le contrat doit être valable à l'égard du tiers, quoiqu'il profite au mari *per consequentiam*. Mais ce n'est pas tout ; en exposant la seconde hypothèse (celle où la femme

traite directement avec son mari), nous nous proposons d'établir que, même dans ce cas, la maxime *nemo potest esse auctor in rem suam* n'est pas applicable; il en résultera un argument *a fortiori* en faveur de l'opinion adoptée à propos de la première hypothèse, laquelle est certainement plus favorable que la seconde.

2^o Quant à l'argument tiré des textes du code civil, il n'a pas plus de valeur que l'argument que l'on a essayé de tirer de la règle *nemo potest esse auctor in rem suam*. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les articles 217 et suivants du code civil, relatifs à l'incapacité de la femme mariée. L'article 217 nous dit que la femme ne peut *donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit*. C'est nous dire que dans tous les cas et sans distinction aucune, elle sera capable de contracter avec les tiers, moyennant le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Les articles 218, 219 ne sont pas moins explicites; en énumérant les cas dans lesquels il y aura lieu à l'autorisation de justice, ils ne mentionnent pas celui où la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt de son mari; or, *qui dicit de uno de altero negat*; donc l'autorisation du mari suffira dans l'espèce. Enfin les articles 1419 et 1431 du contrat de mariage supposent que la femme a pu valablement s'obliger dans l'intérêt du mari et comme *caution*. A l'égard de l'argument que l'opinion contraire essaie de tirer de l'article 1427, il est facile d'y répondre. Nous interpréterons le sens de cet article, non pas en le considérant

isolément, mais en le rapprochant d'autres articles qui en expliquent le sens et la portée. L'article 1426 s'exprime ainsi : « Les actes faits par *la femme* sans le » *consentement du mari*, et même avec l'autorisation » de la justice, n'engagent point les biens de la communauté (si ce n'est lorsqu'elle contracte comme » marchande publique et pour le fait de son commerce). »

Remarquons, en passant, que la prétendue exception de la fin de l'article 1426 n'en est réellement pas une, puisque, pour faire le commerce, la femme ne peut, à défaut de l'autorisation maritale, obtenir l'autorisation de justice (art. 4, C. comm.).

Ainsi, le législateur, après avoir posé dans l'article 1426 cette règle générale : la femme sans le consentement du mari ne peut, même avec l'autorisation de justice, engager les biens de la communauté, y déroge dans l'article 1427, et établit que dans certains cas exceptionnellement favorables (l'article 1427 ne nous paraît pas limitatif), tels que la nécessité de faire sortir le mari de prison ou l'établissement des enfants communs, la femme pourra s'obliger ou engager les biens de la communauté avec la seule autorisation de justice. Tel est le sens de cet article, qui, loin de déroger aux principes généraux, ne fait que les confirmer; on suppose, en effet, ici que l'autorisation de justice n'est donnée qu'à défaut de l'autorisation maritale; dans le cas où il s'agit de doter des enfants communs, la loi suppose que le mari est absent, et il y a lieu par conséquent d'appliquer l'article 222; dans

le cas où le mari est en prison, pour qu'il puisse être question d'autorisation de justice, il faut admettre l'une ou l'autre de ces deux hypothèses :

1^o Le mari est capable, et capable à lui seul, d'autoriser sa femme à contracter un emprunt ; mais désirant, soit soustraire ses biens à l'action de ses créanciers, soit ne pas compromettre le patrimoine de sa femme, il refuse son consentement et persiste à rester en prison ; il y a lieu alors à recourir à l'autorisation de justice (art. 219).

2^o Le mari est bien disposé à donner son autorisation de contracter à la femme ; mais il est mineur, et l'autorisation de justice est alors nécessaire en vertu de l'article 224.

Toute autre explication de l'article 1427 conduit à des résultats évidemment inadmissibles ; car si on soutient que le mari en prison ne peut pas autoriser sa femme à engager les biens de la communauté, il faut soutenir également qu'il ne peut pas à cet effet les engager lui-même par une obligation personnelle ; il est impossible de s'arrêter sérieusement à cette conséquence, puisque l'article 1421 déclare formellement que le mari peut vendre, aliéner, hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de la femme (Gênes, 30 août 1844, Trengia ; — Colmar, 8 décembre 1842 ; Cass., 13 octobre 1842, Tabasso ; — D., recueil alphabétique, t. X, v^o *mariage*, p. 135 ; — 8 novembre 1844, Burghoffer, D., 1845, I, 37 ; — Duranton, t. II, n^o 474 ; — Vazeille, t. II, n^o 306 ; — Zachariæ, t. III, p. 332).

Après avoir examiné le cas où la femme contracte avec un tiers, mais dans l'intérêt du mari, nous arrivons à notre seconde hypothèse : la femme traite non plus avec un tiers, mais directement avec le mari. Cette simple hypothèse contient toute la théorie des contrats entre époux ; il s'agit pour nous de savoir dans *quels cas, comment*, et sous quelles conditions, le mari et la femme peuvent faire ensemble les contrats à titre onéreux de droit commun.

SECTION I^{re}. — Avant d'examiner à quelles conditions les époux peuvent contracter ensemble, il importe de savoir si la possibilité de contracter existe pour eux et dans quelle mesure. A cet égard, l'indécision qui existait dans le droit romain et dans l'ancien droit français s'est prolongée sous le code civil ; pas de théorie générale, pas de règles formelles. Aussi la jurisprudence est-elle hésitante sur cette importante question : la doctrine divisée.

Les divers systèmes généraux imaginés par les auteurs peuvent se réduire à trois, dont deux radicalement opposés et un mixte.

A. Dans un premier système, on enseigne que les contrats entre époux sont défendus, excepté seulement ceux qu'un texte de loi autorise. La prohibition est la règle, la faculté de contracter l'exception.

B. Dans cette théorie, radicalement opposée à la première, on autorise tous les contrats qui ne sont pas interdits aux époux par une disposition du Code. La faculté de contracter est la règle, et la prohibition l'exception.

C. Enfin, un troisième système, également éloigné des deux premiers, consiste :

1° A défendre par voie d'analogie les contrats qui se rapprocheraient le plus des contrats défendus par la loi elle-même ;

2° Et réciproquement, à permettre les contrats les plus semblables à ceux que la loi elle-même a permis.

A. Les arguments invoqués en faveur de cette doctrine ne manquent pas de gravité ; ils peuvent se ranger en quatre chefs principaux :

1° Les principes généraux de la matière, indépendamment de tout texte de loi, militent en faveur de cette opinion ; les deux époux ne sont pas, vis-à-vis l'un de l'autre, dans une situation ordinaire ; il est impossible de les assimiler à des tiers ; le consentement n'aura jamais, chez les deux époux, ce caractère de liberté et de spontanéité absolument nécessaire cependant pour donner naissance à un contrat viable. Dans l'intimité de rapports qui existent entre eux (*duo in carne unâ*), il ne pourra y avoir ni deux volontés ni deux consentements. La volonté de la femme ne sera, dans l'espèce, que la volonté du mari lui-même ; le contrat, un déguisement facile pour dissimuler une libéralité. La conclusion, tirée uniquement de considérations morales, est que la sauvegarde de la femme, contre sa propre faiblesse, contre sa dépendance, ne peut se trouver que dans son incapacité absolue de contracter vis-à-vis de son mari.

2° Les dispositions du droit coutumier. Nous avons vu précédemment que, dans la plupart des coutumes,

les contrats entre époux étaient prohibés ; or, on sait que le code civil a puisé en général dans le droit coutumier les règles relatives au mariage, aux statuts des époux et à leurs droits réciproques.

3° Quelques dispositions du code civil. — Un certain nombre d'articles du code civil prononcent contre les époux l'incapacité de contracter l'un avec l'autre. L'article 1595, au titre de la vente, nous dit que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux, excepté dans un certain nombre de cas qu'il détermine.

La maxime *ubi eodem ratio ibi et idem jus*, trouve ici son application naturelle.

La vente est, en effet, le plus ordinaire, le plus favorable, le moins dangereux des contrats, et la loi l'interdit formellement, en principe, aux époux ; il faut, dès lors, en conclure par argument *a fortiori*, que la prohibition prononcée contre la vente par l'article 1595, doit être étendue à tous les autres contrats à titre onéreux. Un simple coup d'œil jeté sur les autres contrats suffit, continue-t-on, pour prouver qu'ils présentent tous plus de dangers que la vente, et doivent, par suite, être encore plus rigoureusement proscrits entre époux. Qu'a-t-on voulu surtout éviter, en interdisant, en principe, les ventes entre époux ? Les donations irrévocables, si faciles à déguiser sous la forme et l'apparence d'un contrat de vente. Mais l'échange, par exemple, se présentant avec une double estimation, offrirait une plus grande difficulté pour constater la libéralité déguisée. Le prêt, soit sous la

forme de prêt à intérêt, soit sous la forme de rente perpétuelle, renferme une aliénation en vue d'une indemnité, dont l'existence serait difficile à établir en fait. Le désistement, la transaction ont un caractère éminemment dangereux entre époux (V. Rollard de Villargue, *Répert.*, v^o *Transaction*, n^o 32; Marbeau *Traité des transactions*, n^o 100).

C'est surtout à l'occasion de ces contrats qu'il y aurait lieu de craindre pour les époux : *Ne mutuato amore invicem spoliarentur !* Mais ce n'est pas tout : ce qui prouve bien que l'interprétation rationnelle du Code doit nous faire étendre la prohibition de l'article 1595 à tous les autres contrats à titre onéreux, c'est que, chaque fois que le législateur a voulu permettre, dans un cas spécial, aux époux de contracter ensemble, il a pris soin de l'indiquer par une disposition formelle. Ainsi, l'article 1595 autorise la vente ou plutôt la dation en paiement dans trois hypothèses particulières; l'article 1096 autorise les donations; l'article 1451, le rétablissement de la communauté, après séparation de biens judiciaire; l'article 1577 permet le mandat entre époux; l'article 2144 s'occupe du cas de la restriction de l'hypothèque légale de la femme. Or, *qui dicit de uno de altero negat*, le Code, prenant soin d'indiquer un certain nombre de cas dans lesquels il est permis aux époux de contracter ensemble, indique, par cela même, qu'en règle générale, ils ne peuvent pas contracter; s'il en était autrement, les articles qu'on vient de citer seraient sans utilité aucune.

La pensée du législateur se révèle encore, non moins clairement, dans une série d'articles où la loi ne tient aucun compte du consentement donné par l'un des époux en présence ou au profit de son conjoint, parce que ce consentement lui paraît dépourvu de liberté ou suspect par le trop d'intérêt.

Ainsi, à l'égard de la femme, on peut citer :

1^o Les articles 1451, 1544, 2066, *in fine*, et 2256 ;
2^o à l'égard du mari, les articles 223, 1538 du code civil, et 870, c. pr.

De l'ensemble de ces divers articles, il ressort encore que la loi voit avec défaveur les contrats entre époux ; donc ils doivent être écartés en règle générale. On répond sans peine à l'objection qui consiste à dire qu'en adoptant cette opinion, on oblige les époux à différer, jusqu'à la dissolution du mariage, le règlement des intérêts communs ou litigieux, ce qui peut nuire à leurs intérêts ; cette objection tombe d'elle-même ; les dangers que l'on semble redouter sont purement chimériques en présence de l'article 2253, qui suspend, à l'égard des époux, le cours de la prescription.

Telles sont les bases juridiques de cette doctrine, conforme aux traditions de l'ancien droit coutumier, conforme aux textes du code civil. Elle a, en outre, l'avantage d'être éminemment morale ; seule, elle prévient efficacement ces oppositions, ces conflits d'intérêt, qu'une doctrine contraire ne manquerait pas d'amener dans le mariage.

B. Les contrats à titre onéreux sont, en général,

permis entre époux, sauf les cas où ils sont interdits par une disposition spéciale.

Nous venons d'exposer la doctrine qui prohibe en règle générale les contrats entre époux ; voyons maintenant le système radicalement opposé, celui qui admet que la faculté de contracter entre époux est la règle, et la prohibition l'exception. Avant d'exposer cette doctrine, nous dirons que c'est celle que nous croyons devoir adopter comme la plus logique et la plus conforme à la fois à la lettre et à l'esprit de notre code civil.

Voici comment on peut réfuter victorieusement, croyons-nous, les différents arguments sur lesquels s'appuie le système précédent :

1° Par l'argument de raison, on cherche à dénier aux deux époux, en présence l'un de l'autre, la qualité et le rôle de personnes distinctes. Les époux ne forment qu'un consentement, qu'une volonté, donc pas de contrat possible. C'est se faire de l'union des époux une idée singulièrement exagérée, et à laquelle la réalité donne un démenti formel. Pour si intime, en effet, que soit l'union des époux, ils n'en demeurent pas moins deux personnes parfaitement distinctes, et au physique et au moral, ils n'en ont pas moins des biens et des intérêts différents (V. Toullier, t. XII, n° 44). La femme peut plaider contre son mari, elle peut contracter avec lui de l'aveu de tous dans un certain nombre de cas (Art. 1595, 1096, 1454, 1577, 2144). L'argument que l'on essaie de tirer du défaut de liberté, de la faiblesse de la femme, n'est pas plus

solide. Il doit, dit-on, y avoir présomption légale de défaut de consentement entre les personnes unies par des rapports mutuels; soit; l'ancien droit prohibait, en effet, en général les contrats entre parents; mais ce qui prouve bien que le Code civil n'est pas entré dans cette voie, et présume en général entre parents plutôt l'affection que l'exploitation, c'est l'article 1114 qui s'exprime ainsi : « La seule crainte révérentielle » envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans » qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point » pour annuler le contrat. » Du moment où la loi ne juge pas la crainte révérentielle des enfants pour les parents suffisante pour faire annuler un contrat, il doit en être de même, et à plus forte raison, selon nous, à l'égard de la femme vis-à-vis de son mari (V. Duranton, t. X, n° 158, Aubry et Rau sur Zachariæ, II, § 343, note 17).

2° Les traditions du droit coutumier. — La plupart des coutumes, dit-on, prohibaient d'une manière absolue les contrats entre époux; rien n'indique que le Code civil, qui, en matière de mariage, s'est en général inspiré du droit coutumier, ait voulu innover sur ce point. Mais les différentes coutumes contenaient des dispositions générales et formelles prohibitives des contrats entre époux (V. *suprà*, pages 40 et suivantes), dispositions qui n'ont pas été reproduites par le code civil; bien plus, en permettant formellement les donations entre époux (art. 1096), en permettant la vente (art. 1595) dans plusieurs cas spéciaux, le législateur a prouvé, d'une manière indu-

bitable, qu'il n'entendait pas suivre les règles sévères du droit coutumier en matière de contrats entre époux.

3^o Les textes du code civil. — Si, disent les partisans de la doctrine que nous combattons, les contrats à titre onéreux étaient de droit commun entre époux, les articles 1451, 1577, 1595 et 2144, qui les autorisent dans certains cas, n'auraient pas leur raison d'être. Cet argument n'est que spécieux. En examinant attentivement les textes précités, on voit sans peine qu'ils n'ont pas pour but, ainsi que le prétendent les partisans d'un régime de prohibition absolue, de permettre exceptionnellement le contrat aux époux. Tout autre est leur but : ils déterminent simplement sous quelles conditions ce contrat est permis dans les cas prévus et quels seront ses effets. On le voit, ces textes, qu'on cherche à nous opposer, ne sont rien moins que concluants : ils ne tranchent nullement la question de savoir si, en règle générale, les contrats à titre onéreux sont ou non prohibés entre époux.

L'argument que l'on essaie de tirer de l'article 1595 n'a pas plus de valeur. La vente étant, nous dit-on, le plus ordinaire, le plus favorable, le moins dangereux des contrats, et la loi l'interdisant formellement en principe, il faut, dès lors, en conclusion, par argument *à fortiori*, que la prohibition prononcée contre la vente par l'article 1595 doit être étendue à tous les autres contrats à titre onéreux. Cet argument est inadmissible : on ne peut résoudre, par voie d'argument par analogie, une question d'incapacité ; la ca-

pacité de contracter est présumée exister en règle générale (art. 1123), un texte formel peut seul en dépouiller toute une classe de personnes. La solution contraire ne mène qu'à l'arbitraire et à l'illégalité. Les partisans du système d'incapacité absolue peuvent nous objecter que nous permettons des contrats absolument semblables à ceux que la loi défend. Soit ; mais ils défendent, eux, des contrats absolument semblables à ceux que la loi autorise. L'article 1595, 3^o, autorise, en effet, la vente entre époux, dans les cas où cette vente a une cause légitime, telle que le remploi des immeubles aliénés de la femme, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas dans la communauté. Or, nos adversaires prohibent absolument, hors le cas de l'article précité, tout autre contrat, tout autre arrangement, même le plus nécessaire, même le plus légitime. Ils vont donc plus loin que la loi, en exagérant par voie d'analogie l'incapacité qu'elle prononce pour le cas particulier où il s'agit du contrat de vente. Mais, dit-on, le système prohibitif peut seul prévenir efficacement les conflits, les luttes d'intérêt que la faculté générale de contracter ne manquerait pas de susciter entre époux. Cela peut être vrai dans une certaine mesure ; mais, par une prohibition générale, la loi, sous prétexte de protéger les époux, ne leur porterait-elle pas un grave préjudice ? Prenons, par exemple, le contrat de bail ; c'est certainement un acte beaucoup moins grave que la vente ; et la preuve, c'est que le législateur, qui a défendu au tuteur, dans

tous les cas, d'acheter les biens du mineur, lui permet, sous certaine conditions, de les prendre à ferme (art. 450, Cod. civ.); cependant, d'après nos adversaires, ce contrat devrait être formellement interdit entre mari et femme, puisque la loi ne l'autorise pas spécialement. Et que dirons-nous du prêt à intérêt? Ne présenterait-il pas, dans bien des cas, ses avantages entre époux? Et alors que le mari peut, sans titres et sans preuves, s'emparer des capitaux de sa femme (art. 4450), serait-il logique d'interdire un contrat, qui a du moins l'avantage de constater la réception des deniers et l'obligation de les rendre? Ne pourrait-on pas en dire autant du gage, de l'hypothèque et des autres contrats accessoires? Il pourra certainement y avoir quelquefois des conflits d'intérêts entre époux, mais ils seront compensés par de sérieux avantages.

Telle est la réponse que l'on peut faire aux différents arguments présentés par les partisans du régime prohibitif des contrats entre époux. Montrons maintenant (ceci est une démonstration positive), que les rédacteurs du code civil ont voulu vraisemblablement permettre, en règle générale, les contrats à titre onéreux entre époux, exceptés ceux qui sont défendus par un texte formel ou qui sont manifestement contraires à une disposition prohibitive générale (Art. 1395).

4° L'article 1123, à propos de la capacité des parties contractantes, s'exprime ainsi : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable » par la loi. »

Voilà le principe. L'incapacité n'est qu'une exception, et, par suite, elle doit être formellement exprimée; or, comme il n'existe, dans notre code civil, aucun article qui prohibe, en général, les contrats à titre onéreux entre époux, nous leur appliquerons la règle ordinaire de liberté et de capacité, sauf, bien entendu, les exceptions particulières résultant de textes spéciaux

La doctrine que nous soutenons a donc pour base l'article 1123; elle peut encore se prévaloir de plusieurs autres textes. Ainsi, l'article 279, en matière de divorce, établit entre les époux la possibilité de transiger sur leurs droits respectifs. Un autre article, l'article 1099, déclare *nulle* entre époux, dans les termes les plus généraux, *toute donation déguisée*; cela suppose évidemment, en règle générale, la possibilité pour les époux de dissimuler une donation sous la forme et l'apparence d'un contrat onéreux. L'article 1395, qui défend tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage, vient encore à l'appui de notre doctrine; si, en effet, l'incapacité de contracter entre époux était la règle générale, on ne voit pas bien quelle serait l'utilité de l'article 1395. Enfin, le dernier alinéa de l'article 1443 fournit encore un argument analogue à celui que nous venons de tirer de l'article 1395. Ainsi, les principes généraux, les textes, les nécessités pratiques d'une existence commune, concourent à justifier la doctrine de la liberté contractuelle entre époux (Voyez, en ce sens, Demolombe, *Du mariage*, t. II,

n^{os} 234 et suivants ; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, n^o 205 ; Coin Delisle, *Commentaire du titre des donations et testaments*, pag. 643, n^o 40 ; Toullier, t. XII, n^o 366 ; Merlin, questions de droit, t. IX, suppl., v^o *Puissance maritale*, § 4 ; Zachariæ, t. III, pag. 332 ; Duvergier, *De la vente*, ch. 4, sect. 4, n^o 476 ; *Cass.*, 24 décembre 1822, Bull. civil des arrêts de cassation, t. XXII, n^o 408, pag. 365 ; *Cass.*, 6 mars 1827, Moreau, D., 1833, I. 303 ; *Cass.*, 4 février 1846, Lutz, Dév. 1846, I. 553).

C. Un troisième système mixte consiste : à défendre par voie d'analogie les contrats qui se rapprochent le plus des contrats défendus par la loi elle-même ; 2^o et réciproquement, à permettre les contrats les plus semblables à ceux que la loi elle-même a permis. Cette doctrine que semble proposer M. Duranton (t. II, n^o 473), ne poserait pas des règles absolues ; le plus ou moins d'analogie existant entre les contrats prohibés et les contrats permis ferait rejeter ou admettre, par les magistrats, la légitimité des contrats onéreux passés entre époux.

Ainsi, en vertu de l'article 1595, qui prohibe en général la vente, on prohiberait non-seulement l'échange, mais encore le contrat de rente perpétuelle ou viagère, la transaction, et, en général, tout contrat renfermant, soit une aliénation de fonds, soit une aliénation de capital ; ces contrats dangereux seraient sévèrement interdits entre époux. Mais l'article 1577 autorisant le mandat, on se fonderait sur cet article pour autoriser le bail ou tout autre contrat

relatif seulement à l'administration et à la jouissance des biens.

Cette théorie est certainement ingénieuse, mais elle est vague, incertaine. Elle a le grave inconvénient d'étendre, par voie d'analogie, les incapacités prononcées par la loi pour des cas spéciaux, ce qui est contraire à tous les principes. Nous la rejeterons donc, comme nous avons rejeté le premier système de prohibition absolue, afin de ne pas substituer l'arbitraire de la jurisprudence à la volonté du législateur.

SECTION II. — A quelles conditions la femme peut contracter avec son mari. — Après avoir examiné la question de savoir si les époux pouvaient, en général, contracter entre eux à titre onéreux, nous devons nous demander, en ce qui concerne spécialement la femme, de quelle espèce d'autorisation elle aura besoin pour traiter avec son mari : l'autorisation de ce dernier lui suffira-t-elle, ou faudra-t-il recourir à l'autorisation de justice ? Les auteurs sont divisés sur cette question, comme ils le sont sur la capacité générale des époux de contracter l'un avec l'autre. Exposons d'abord la doctrine qui n'admet la femme à contracter avec son mari qu'après avoir, au préalable, obtenu l'autorisation de justice.

A. La doctrine d'après laquelle la femme ne pourrait contracter avec son mari que moyennant l'autorisation de justice peut s'appliquer aux trois systèmes que nous avons exposés précédemment, mais elle semble plus particulièrement convenir au dernier (C), qui laisse aux magistrats une grande latitude pour

permettre ou pour refuser aux époux l'autorisation de contracter entre eux à titre onéreux.

1^o Le premier argument invoqué en faveur de la nécessité de l'autorisation de justice est tiré de la règle *nemo potest esse auctor in rem suam* (*Instit.*, lib. 1, t. XXI, § 3), argument que nous avons déjà fait connaître en parlant de l'hypothèse où la femme contracte avec un tiers dans l'intérêt du mari. Le mari, dit-on, ne peut être juge dans sa propre cause. Chargé de protéger sa femme, il ne saurait remplir ce devoir, s'il était directement intéressé au contrat.

2^o C'est en vain que l'on objecte que la doctrine qui exige, à l'égard de la femme, l'autorisation de justice quand elle contracte avec son mari manque de base dans la loi. Si le code civil, qui a formellement tranché la question à l'égard du mineur (art. 420), autre incapable, n'a pas textuellement, dans notre espèce, exigé l'autorisation de justice, cette autorisation n'en résulte pas moins implicitement de l'ensemble de ses dispositions. Sans s'arrêter, en effet, aux articles 219 et suivants, qui accordent à la femme l'autorisation de justice en cas de refus ou d'incapacité du mari, on voit les articles 1558 et 2144 exiger l'intervention de la justice, alors que le mari n'a pas été frappé d'incapacité et qu'il n'a pas refusé son autorisation à la femme. D'où vient cela? C'est que dans les cas dont il s'agit la loi s'est défiée de l'autorisation maritale; l'intérêt du mari étant contraire à celui de la femme, il n'a pas voulu qu'il fût à la fois juge et partie. Tel est l'esprit du code civil; donc il y a lieu, par argument

d'analogie, d'exiger l'autorisation de justice toutes les fois que les intérêts du mari seront opposés à ceux de la femme dans un acte qui ne se passera qu'entre eux. Cette intervention de la justice devra encore avoir lieu, à plus forte raison, dans l'hypothèse où la femme, autorisée d'abord par la justice, voudrait renoncer, au profit de son mari, au droit exercé par elle en vertu de cette autorisation. Ceci n'est que l'application de la maxime *nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* (L. 35, § *De regulis juris*).

3^o La doctrine contraire, surtout en adoptant le système qui admet que les contrats à titre onéreux sont en général permis entre époux, porterait le plus grave préjudice et à la femme et aux tiers. Sans l'intervention de la justice, la fortune entière de la femme se trouve livrée et sans garantie aucune à tous les caprices de l'autorité maritale; à l'égard des tiers, créanciers personnels du mari, leurs droits peuvent être journellement compromis par suite du concert frauduleux et sans contrôle des deux époux. On le voit, les principes juridiques, l'ensemble des textes du code civil et l'équité s'accordent pour faire appel à l'intervention de la justice en matière de contrats entre époux (Cass., 14 février 1810, Gonin, Sirey, 1810, I, 189; — Cass., 13 octobre 1812, Tabasso, Sirey, 1813, I, 143; — Paris, 16 mars 1839, Alléon, D., 1839, II, 115; — Duranton, t. II, n^o 473; — Vazeille, t. II, n^o 354; — Fouquet, *Encyclopédie du droit*, n^o 24).

Quelle que soit l'importance des arguments présen-

tés par les partisans de cette doctrine, nous ne croyons pas qu'elle puisse être admise. Nous nous sommes prononcé pour le système de liberté absolue, pour le système qui autorise en général les contrats à titre onéreux entre époux, sauf dans les cas où ils sont interdits par un texte de loi. Nous croyons, en outre, que l'autorisation du mari suffira à la femme pour contracter à titre onéreux, non-seulement avec des tiers en général, non-seulement avec des tiers dans l'intérêt du mari, mais encore directement avec le mari lui-même.

Maintenant, voici comment on peut répondre, victorieusement croyons-nous, aux divers arguments présentés par la doctrine contraire. 1^o Le premier argument repose sur la règle *nemo potest esse auctor in rem suam*. Nous avons déjà démontré précédemment que cette règle ne peut trouver son application dans le cas où la femme contracte avec un tiers dans l'intérêt du mari; doit-il en être autrement dans le cas qui nous occupe? Nous ne le pensons pas, et pour l'établir nous n'aurons qu'à examiner si, dans l'ancien droit, cette règle avait généralement reçu l'application qu'on veut lui donner aujourd'hui. Il existait dans l'ancien droit sur la matière qui nous occupe une double controverse: 1^o sur la forme de l'autorisation à donner à la femme; 2^o sur l'autorité d'où devait émaner cette autorisation.

La plupart des auteurs, tout en admettant que l'autorisation maritale était suffisante dans tous les cas, que la femme contractât avec un tiers ou avec son

mari, peu importe, se divisaient sur le point de savoir si cette autorisation devait avoir un caractère solennel, ou si, au contraire, une autorisation tacite, résultant, par exemple, du concours du mari dans l'acte, pouvait être considérée comme suffisante.

Admettaient l'autorisation tacite : Ricard (*Traité du don mutuel*, n° 47); Lebrun (*De la communauté*, liv. II, ch. I, sect. III, n° 39) et d'Argentré (*Coutume de Bretagne*, 465, gl. 2). Ce dernier, distinguait soigneusement, et en ces termes, le cas où le mari était simplement présent dans le lieu où s'accomplissait l'acte du cas où il participait directement à cet acte : *Præstatur autem autoritas aut verbis, aut facto : nam solam præsentiam satis esse negant.*

Potier, tout en exigeant une autorisation formelle de la part du mari, admet parfaitement que ce dernier peut, à lui seul, autoriser sa femme à contracter avec lui, et qu'on ne peut comparer la situation respective des deux époux à celle d'un tuteur et d'un mineur; voici comment il s'exprime : « Si un tuteur » ne peut pas être *auctor in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt » du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser » son mineur pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur; ce » qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du » mari, qui n'intervient pas pour veiller aux intérêts de » la femme qui est capable d'y veiller elle-même, mais » pour habiliter sa femme à contracter » (*De la puissance du mari*, n° 42).

2^o Quelques jurisconsultes admettaient, au contraire, que dans le cas où la femme contractait avec son mari, il était bon, pour l'habiliter, de faire intervenir l'autorité du juge. Nous trouvons la trace de cette doctrine, très-peu accréditée du reste, dans Guy Coquille, qui, après avoir enseigné « que si la femme » voulait disposer au profit de son mari, elle pouvait » en cette coutume le faire, et ne se dira que le mari » ait été auteur *in rem suam*... reconnaît néanmoins... » que d'autres allèguent que le *plus sûr* est d'y employer le juge, qui prêtera autorité. »

La première controverse est aujourd'hui formellement tranchée par l'article 207, qui déclare, de la façon la plus expresse et en termes tout à fait généraux, que le concours du mari dans l'acte suffira toujours pour habiliter la femme. A l'égard de la seconde controverse, il est certainement fâcheux que le code civil ne l'ait pas tranchée par un texte très-explicite; mais alors que, dans l'ancien droit français, la très-grande majorité des jurisconsultes et les plus considérables refusaient d'assimiler le mari au tuteur, alors que, sous l'empire de notre Code, les contrats entre époux sont vus beaucoup plus favorablement que sous le droit coutumier, il nous semble impossible de se fonder aujourd'hui sur la maxime *nemo potest esse auctor in rem suam*, pour soutenir que la justice seule pourra habiliter la femme à contracter avec son mari.

2^o L'argument que la doctrine contraire cherche à tirer des articles 1558 et 2144 n'a pas plus de va-

leur que le précédent. Dans l'article 1558, en effet, il ne s'agit pas d'une simple autorisation à accorder à la femme seule, il s'agit d'une permission de justice nécessaire aux deux époux, au mari comme à la femme (art. 1560), pour aliéner le bien que le contrat de mariage a déclaré inaliénable en l'affectant spécialement aux besoins du ménage et de la famille. L'article 2144 n'a pas trait non plus à une simple autorisation de justice à accorder à la femme : il s'agit d'une dérogation à la règle de l'article 2135, qui donne à la femme une hypothèque générale, pour sa dot et conventions matrimoniales, sur tous les immeubles de son mari. La loi a pris, dans l'hypothèse prévue par l'article 2144, certaines précautions particulières destinées à sauvegarder les biens de la femme ; ainsi, elle exige non-seulement l'intervention de la justice, mais encore des quatre plus proches parents de la femme. C'est là une disposition tout exceptionnelle, qui, loin d'infirmes le principe général de la liberté des contrats entre époux, tendrait plutôt à le confirmer (Art. 2145, *Cass.*, 3 juin 1834, *Loisel, D.*, 1834, I, 205 ; *Cass.*, 3 décembre 1844, le procureur général de Rouen contre Baroche, *Dév.*, 45, I, 14).

Peut-on, avec plus de raison, se fonder sur la maxime : *nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est...* pour prétendre que cette intervention de la justice doit avoir lieu, à plus forte raison dans l'hypothèse où la femme, autorisée d'abord par la justice, voudrait renoncer au profit de son

mari au droit exercé par elle en vertu de cette autorisation? Nous ne le pensons pas. Cette maxime, vraie en général, n'a pas, dans l'espèce, la portée qu'on veut lui donner. C'est ce que fait très-bien observer Merlin (Questions de droit, t. IX, v^o *Puissance maritale*, § 4, p. 37). Pour lui, de ces termes *eo genere*, il résulte, de la façon la plus nette, que pour dissoudre un acte qui a acquis toute sa perfection, il n'est pas nécessaire que la cause dissolvante soit de la même espèce que cet acte, mais qu'il suffit qu'elle soit du même genre. Or, l'autorisation du mari est du même genre que l'autorisation de justice; et, comme nous le démontrerons tout à l'heure, cette dernière n'est requise qu'à défaut de l'autorisation maritale.

Après avoir réfuté les deux arguments que la doctrine contraire s'efforce de tirer des articles 1558 et 2144 et de la règle : *Nemo potest esse auctor in rem suam*, nous allons établir, en faveur de l'opinion que nous soutenons : 1^o Que l'autorisation maritale est exigée en général, à l'égard de la femme, pour contracter à titre gratuit ou à titre onéreux, et ce sans distinguer si le contrat se forme entre la femme et des tiers ou entre les deux époux; 2^o Que l'autorisation de justice peut, dans un certain nombre de cas, suppléer l'autorisation maritale, mais que l'hypothèse où la femme contracte avec son mari n'est pas mentionnée dans ces cas exceptionnels.

L'article 217 pose le principe de la nécessité de l'autorisation maritale en ces termes : « La femme » même non commune ou séparée de biens ne peut

» donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Voilà la règle générale.

Quant aux exceptions, le Code les énumère dans les articles suivants :

1° Lorsque le mari refuse son autorisation (article 219); 2° Lorsqu'il est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante (art. 221); 3° Lorsqu'il est interdit (art. 222); 4° Lorsqu'il est absent (*Ibid.*); 5° Lorsqu'il est mineur.

Dans ces diverses hypothèses, l'autorisation de justice vient suppléer l'autorisation maritale. Les articles 865 et 878, procéd. civ., nous apprennent, en outre, que la femme ne peut former contre son mari une demande en séparation, soit de corps, soit de biens, sans y être autorisée, non point par le Tribunal, mais par le président. C'est là une hypothèse particulière soumise à des règles spéciales, et qui, loin d'aller à l'encontre de notre principe, tendrait, au contraire, à le confirmer. Dans le cas de minorité de la femme et s'il s'agit d'un acte pour lequel l'assistance du curateur est nécessaire, le mari ne peut, il est vrai, l'autoriser seul à traiter avec lui; la loi, dans ce cas, protège la femme, *non tanquam femina, sed tanquam minor*; mais ceci n'est pas une exception à notre principe.

3° Un troisième argument de la doctrine que nous combattons est tiré des dangers que ferait courir, et à la femme et aux tiers, la possibilité de contracter

pour les époux, sous la seule condition de l'autorisation maritale. Ces dangers peuvent se présenter, nous n'en disconvenons pas, mais il ne faut pas les exagérer; dans tous les cas, il ne nous est pas permis d'être plus prudents et plus sages que la loi elle-même. Le législateur, d'ailleurs, a tenu compte, et dans une assez large mesure, des dangers que pourrait offrir la possibilité de contracter entre eux, laissée aux époux. Les contrats les plus dangereux ont été sévèrement prohibés; ainsi, les époux ne peuvent apporter aucun changement à leurs conventions matrimoniales après la célébration du mariage (art. 1395); ainsi, la vente, sauf dans quelques hypothèses particulières (art. 1595), est interdite.

Des formalités spéciales sont exigées dans certains cas (art. 1558, 2144, 2145, cod. civ., et 865, cod. proc.). Enfin, la donation entre-vifs devient exceptionnellement révocable lorsqu'elle a lieu entre époux (art. 1096, 1097).

Notre conclusion est donc :

1° Qu'en principe, l'autorisation maritale suffit à la femme pour contracter avec son mari; 2° Que les contrats à titre onéreux sont en général permis entre époux, sauf défense formelle, et, dans tous les cas, sous les trois conditions suivantes :

a. Il faut que le contrat ne constitue point une vente ou un échange (art. 1595 et 1707 combinés), sauf les exceptions indiquées par l'article 1595. Dans le chapitre de la vente, nous expliquerons comment ces exceptions doivent être entendues.

b. Il faut que le contrat ne constitue point une dérogation aux conventions matrimoniales des époux (art. 1394, 1395), ou un rétablissement irrégulier du régime détruit par la séparation de biens (art. 1451, *in fine*).

Les magistrats auront à déterminer dans quels cas la dérogation existera : d'assez nombreux arrêts existent sur la matière : Grenoble, 24 janvier 1826, Durand. D. 1826, II, 135 ; — Cass., 23 août 1825, Renaud, D. 1826, I, 44 ; — Bordeaux, 1^{er} décembre 1829, Larue, Sirey 1830, II, 66 ; — Bordeaux, 6 avril 1830, Roullet, D. 1830, II, 179 ; — Caen, 14 décembre 1825, Lebourgeois, D. 1830, II, 76 ; — Lyon, 17 décembre 1830, D. 1832, II, 22 ; — Grenoble, 8 mars 1831, Challit, D. 1832, II, 60 ; — Cass., 18 mars 1846, De Monestrol, Dév. 1846, I, 352. — Sur la société (art. 1837-1840). — Durantou, t. XVII, n^o 347 ; — Duvergier, *De la société*, n^o 402 ; — Zachariæ, t. III, p. 563 ; — G. Massé, *Du droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, t. III, n^o 317.

c. Il faut que le contrat ne constitue point une donation qu'on aurait voulu soustraire à la règle essentielle de révocabilité écrite dans les articles 1096, 1097 ; et ne soit pas non plus un acte frauduleux au préjudice des créanciers personnels de l'un ou l'autre des époux (art. 1167).

d. Enfin, il ne faut pas que l'acte en question soit une renonciation, soit aux droits et prérogatives de la puissance maritale ou paternelle, soit à ceux qui

appartiennent au mari comme chef, quant aux biens de l'association conjugale (art. 1388 et 1538).

Nous venons d'énumérer les causes de nullité particulières des contrats entre époux ; il va sans dire que ces divers contrats sont, en outre, soumis à toutes les actions en nullité de droit commun, telles, par exemple, que les actions pour cause d'erreur, de dol ou de violence. On aura toujours, en somme, le contrôle du Tribunal ; et cette autorisation de justice, que la loi n'exige pas avant le contrat, il sera du moins toujours possible de l'avoir après.

CHAPITRE III.

DE LA VENTE ENTRE ÉPOUX (art. 1595-3°).

1. — Dans le chapitre II du titre de la vente, intitulé : *Qui peut acheter ou vendre*, l'article 1594 s'exprime ainsi : « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit » pas peuvent acheter ou vendre. » Ainsi, en matière de vente comme en matière de contrats en général (art. 1123), la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

La règle générale étant posée dans l'article 1594, l'article 1595 vient à son tour établir l'exception, et en ces termes :

2. — Art. 1595. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants : 1° celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de

ses droits; 2^o celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté; 3^o celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté. Sauf dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a *avantage indirect*.

3. — Nos anciennes coutumes, comme nous l'avons exposé précédemment, prohibaient généralement entre époux toutes espèces de contrats. Le Code a rejeté avec raison cette incapacité absolue; il l'a restreinte aux contrats de vente, et a même admis des exceptions pour les cas où les dangers qu'il a voulu prévenir seraient, sinon impossibles, du moins très-difficiles. On peut signaler trois motifs principaux qui ont dû faire interdire, en principe, la vente entre époux.

4. — En permettant, en règle générale, la vente entre époux, on leur donnait un moyen facile : 1^o de se faire des libéralités considérables par des ventes simulées, dont les héritiers n'auraient pas toujours été en mesure de prouver le vrai caractère; 2^o d'imprimer à ces libéralités l'irrévocabilité que la loi a cru devoir leur refuser (art. 1096); 3^o enfin, de frauder leurs créanciers en faisant passer les biens de l'époux débiteur à son conjoint.

5. — Ainsi, il y a, en principe, présomption légale de fraude à l'encontre des époux qui font entre eux

le contrat de vente. On s'est écarté sur ce point des lois romaines, qui ne présumaient pas la simulation de plein droit, et qui même recommandaient de ne pas se montrer trop rigoureux dans la critique des clauses du contrat (Troplong, *Vente*). *Non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibita donationis tractandum esse, sed ut inter conjunctos maximo effectu et solam inopiam ex mutuà donatione timentes* (Paul, l. 28, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Voet, n° 11 et n° 8, Poth., *loc. cit.*).

6. — Aux diverses hypothèses citées par l'article 1595, on pouvait ajouter le cas où un époux se rend adjudicataire d'un immeuble exproprié à la requête des créanciers sur l'autre époux; il est vrai que, dans dans cette espèce, le contrat de vente n'a véritablement pas lieu entre époux; ce sont plutôt les créanciers saisissants qui sont les vendeurs.

7. — Une remarque générale à faire sur l'article 1595, c'est que dans les diverses hypothèses dont il nous parle il s'agit plutôt d'actes de dation en paiement que de véritables ventes; aussi l'article leur donne-t-il le nom de *cessions*. De là diverses conséquences résultant des différences qui existent entre la vente proprement dite et la cession.

1° Ainsi dans le cas où l'époux auquel des biens ont été cédés par son conjoint, pour l'une des causes ci-dessus énumérées, viendrait à en être évincé, le conjoint ou son héritier ne serait généralement tenu que de payer la somme pour laquelle la cession a été faite, et les frais et loyaux coûts du contrat : il ne devrait

pas de dommages-intérêts pour la plus-value qui existerait, à moins toutefois qu'il n'eût été de mauvaise foi, sachant que les biens ne lui appartenait pas, tandis que le conjoint ignorait cette circonstance. Il faut même ajouter que si l'époux savait, lors de la cession, que les biens à lui cédés n'appartenait pas à son conjoint, celui-ci généralement ne devrait même pas restituer les frais et loyaux coûts du contrat.

2° En second lieu, si l'époux qui a cédé des biens à son conjoint se trouvait, par l'effet de quelque circonstance particulière, avoir été dans l'erreur sur la cause de la cession, s'il ne devait pas la somme pour laquelle elle a eu lieu, il pourrait répéter les biens eux-mêmes, et non pas seulement la somme pour laquelle ils ont été cédés (Duranton, t. XVI, n° 147).

8. — Le premier cas d'exception autorisé par notre article est celui où, les époux étant séparés de biens judiciairement, l'un des deux cède des biens à l'autre en paiement de ses droits. La femme mariée sous le régime de la communauté a obtenu la séparation de biens ; la liquidation ayant été faite, il arrive que l'un des époux se trouve reliquataire de l'autre : dans ce cas, l'époux débiteur est autorisé, si l'époux créancier y consent, à se libérer en lui abandonnant en paiement un de ses biens personnels. Dans notre hypothèse, la femme peut céder à son mari ou le mari à sa femme, peu importe ; la loi est tout à fait générale. On admet également que la vente peut avoir lieu après la séparation de biens, encore que la liqui-

dation des droits n'ait pas été faite (Bourges, 5 mai 1830).

9. — Il a été jugé que la cession du mobilier du mari à sa femme, séparée de biens judiciairement en paiement des reprises et des droits matrimoniaux de celle-ci, ne peut être opposable, et ne peut préjudicier au créancier du mari dont l'intervention, pour la conservation de ses droits, avait été admise antérieurement dans l'instance de la séparation de biens et de la liquidation des droits de la femme; qu'il en est ainsi surtout, lorsqu'il apparaît que, pour arriver à cette cession, le mari et la femme ont retardé le règlement de la créance de l'intervenant (Angers, 4^{er} février 1850, aff. Pinson, D. P., 50, 2, 28).

10. — Une remarque générale à faire sur les deux derniers cas de l'article 1595, c'est que, à la différence de ce que nous avons observé dans la première hypothèse, la réciprocité n'existe plus entre les époux : la vente n'est autorisée qu'autant qu'elle est consentie, dans le deuxième cas, par le mari à la femme, et dans le troisième, par la femme au mari. Cela résulte clairement de la comparaison des termes dont se sert l'article 1595 à l'égard des trois hypothèses qu'il prévoit; et, comme il s'agit là de dispositions exceptionnelles, la réciprocité ne peut être suppléée dans les cas où la loi ne l'accorde pas, alors surtout que la manière dont elle s'exprime paraît impliquer un refus intentionnel. On ne s'explique pas très-bien le motif de cette prohibition; s'il est utile, en effet, que le mari puisse se libérer envers sa femme au moyen d'une

datio in solutum, pourquoi refuser cette faculté à la femme ? Peut-être peut-on dire que le législateur a été mu par la crainte que le mari n'usât de son influence sur sa femme, dans le but d'acquérir à bas prix sa fortune immobilière (Troplong, *De la vente*, et Marcadé, art. 1595, n° 2).

44. — Le deuxième cas d'exception est celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une *cause légitime*, telle que le emploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas dans la communauté. Comment faut-il entendre cette expression : *a une cause légitime* ? Cela veut-il dire que le mari peut vendre à sa femme, dans tous les cas où la vente s'explique naturellement par un motif légitime laissé à l'*appréciation des juges* ? Cela veut-il dire, au contraire, que la cession, pour être valable, doit être analogue à celles qui sont spécialement indiquées dans notre deuxième alinéa ? M. Troplong (*Vente*, n° 180), tout en reconnaissant que les tribunaux ne doivent pas se laisser tromper par de fausses apparences de légitimité, et par des détours qui, le plus souvent, ne servent qu'à masquer des fraudes, admet néanmoins que les juges du fait ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la session a une cause légitime (V., en ce sens, MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, n. 48, p. 243). Quant à nous, nous ne pensons pas que l'expression *cause légitime* ait, dans l'article 1595, un sens aussi étendu que celui que lui attribuent certains auteurs ; nous croyons, dans l'espèce, qu'il

n'y aura cause légitime de vente que tout autant qu'il y aura dette préexistante du mari. Quelle que soit du reste la cause de la dette et le régime sous lequel les époux seront mariés, toutes les fois que le mari sera débiteur envers sa femme, il pourra, si elle y consent, se libérer au moyen d'une *datio in solutum*. Tel nous paraît être le sens du deuxième alinéa de l'article 1595 (V., dans ce sens, Duvergier, t. I, n° 179; Marcadé, sur l'article 1595, n° 2; Mourlon, 3^e examen, n° 497).

12. — Le troisième cas d'exception est celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle se serait *constituée en dot*, et lorsqu'il y a *exclusion de communauté*.

La femme a promis 30,000 fr. en dot; elle dit à son mari : Je n'ai pas les fonds nécessaires pour m'acquitter en argent. Voulez-vous recevoir en paiement tel immeuble? Si le mari accepte, la dot s'acquitte au moyen d'une *datio in solutum*. Le mari reçoit, au lieu de la *jouissance d'une somme d'argent*, la *jouissance d'un immeuble*. On comprend aisément qu'une telle vente ne soit permise qu'autant que les époux ne sont pas en communauté; car, autrement, remplacer une somme peut-être irrécouvrable, entrée en communauté, par un immeuble qui n'y entre pas de droit, ce serait faire un avantage et non pas une vente. Sur ce point, pas de difficulté. Mais qu'a voulu dire notre paragraphe par ces mots : « lorsqu'il y a exclusion de communauté? » Cela veut-il dire que notre exception n'est applicable que dans l'hypothèse où les époux ont adopté

le régime dotal, ou, au contraire, faudra-t-il l'étendre aussi au cas où ils se sont mariés avec simple exclusion de communauté (1530-1535) ou avec clause de séparation de biens (1536-1539)? Les auteurs sont divisés sur cette question. Voici comment on peut soutenir que notre exception n'a trait qu'au régime dotal :

Pour que la substitution dont parle l'article 1595, 3°, puisse avoir lieu, il faut évidemment supposer que la femme a des biens dont le mari ne reçoit pas la jouissance. Or, le régime dotal est le seul dans lequel tous les biens de la femme ne sont pas dotaux; à ce régime seul paraît donc pouvoir s'appliquer la troisième hypothèse de l'article 1595. Ces mots : « et lorsqu'il y a exclusion de communauté, » doivent être traduits ainsi : « et lorsqu'il y a régime dotal. » Quant à l'expression dont s'est servie la loi : « exclusion de communauté, » c'est celle qu'employait souvent le droit coutumier pour désigner le régime dotal. Il faut, en outre, remarquer que si la femme qui se marie sous le régime dotal promet une dot de 30,000 fr. en argent, en ajoutant qu'elle constitue en dot tous ses biens présents et à venir, le 3° de l'article 1595 n'est plus applicable; car le mari ayant la jouissance de tous les biens (art. 1549), on ne peut pas lui proposer la jouissance d'un immeuble en place de la jouissance d'un capital de 30,000 fr. Pour les mêmes motifs, la troisième exception de l'article 1595 ne sera pas non plus applicable au cas où la femme est mariée sous le régime sans communauté, le mari ayant sous ce régime la jouissance de tous les biens. En dé-

finitive, il faudra supposer, pour l'application de ce 3° :
1° que la femme est mariée sous le régime dotal ;
2° qu'elle a des paraphernaux (Delvincourt, t. 3, note
9, sur la page 67).

D'autres auteurs soutiennent, au contraire, et avec raison, croyons-nous, que le 3° de notre article peut recevoir son application, même en supposant la femme mariée sous le régime sans communauté. Les termes employés par l'article 1595 sont, en effet, très-généraux. Du régime dotal, pas un mot ; le régime sans communauté donne, dit-on, de plein droit, la jouissance de tous les biens au mari ; sans doute, mais il est possible qu'il ait stipulé de sa femme une dot en argent, car la jouissance d'une somme, c'est-à-dire le droit d'en disposer, sauf à la vendre à la dissolution du mariage, peut être souvent plus utile que la jouissance d'un immeuble. Dans cette hypothèse, si la femme ne peut pas acquitter en argent la somme promise, elle peut offrir à son mari un immeuble, afin qu'il *se procure, en le vendant*, la somme qui lui est due. Il en sera de même sous le régime de séparation de biens ; la femme qui aura promis à son mari une certaine somme pour l'aider à supporter les charges du ménage (art. 1537), pourra, s'il y consent, lui céder un immeuble avec lequel il se procurera, en le vendant, la somme promise. Enfin, la même théorie, et pour les mêmes raisons, est applicable sous le régime dotal, lors même que tous les biens de la femme ont été stipulés dotaux (V., dans le même sens, Dalloz, *Répert. de jurispr. v° vente*, n° 434 ; Mourlon, 3^{me} exa-



men; Durantou, t. XVI, n° 450; Duvergier, t. I, n° 484; Marcadé, sur l'article 1595, n° 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. IV, page 279, note 20).

13. — Que décider si la femme est débitrice de son mari pour une cause antérieure au mariage ? pourrait-elle lui faire une dation en paiement ?

M. Regnault de Saint-Jean-d'Angély (Fenet, t. XIV, p. 22), avait demandé que l'article 1595 fût rédigé de manière à autoriser, en ce cas, la vente faite par la femme à son mari. En conséquence, on était convenu de supprimer le n° 3 de notre article, et de rédiger ainsi le n° 4 : « Celui où l'un des deux époux cède à l'autre des biens en paiement de ses droits. » Mais par des motifs qui sont restés inconnus (Fenet, t. XIV, p. 79), cette modification ne fut pas conservée dans le projet présenté au conseil d'Etat. Il devient dès lors impossible, quelque favorable que soit notre espèce, d'étendre des dispositions éminemment restrictives, à un cas qu'elles ne prévoient point (V., dans ce sens, Dalloz, *Répert. de jurisprudence*, v° *vente*, n° 436 ; Troplong, *Vente*, n° 482; Marcadé, sur l'article 1595, n° 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 280, note 21).

14. — L'article 1595, en permettant les ventes entre époux dans certains cas déterminés, ne distingue pas entre les meubles et les immeubles. On peut en conclure que l'autorisation s'applique aux uns comme aux autres. Ainsi il a été jugé : 1° que le mari, durant le mariage, peut vendre à sa femme, pour la remplir de ses reprises, soit des meubles à lui propres, soit

même du mobilier tombé dans la communauté ; et qu'une telle vente a pour effet de transférer à la femme la propriété *in specie* des meubles vendus , et non pas seulement un droit de créance de leur valeur à exercer à la dissolution de la communauté ; que , par suite , les créanciers personnels du mari ne peuvent valablement saisir les meubles vendus à la femme par leur débiteur , à titre de remploi , alors surtout que la femme a obtenu la séparation de biens avant la saisie (Requête, 9 mars 1837). 2^o Que l'article 1595 du code civil, relatif aux ventes entre époux , est énonciatif et non limitatif , et s'applique aux meubles comme aux immeubles ; qu'ainsi la cession d'objets mobiliers et immobiliers , faite durant l'existence de la communauté , par le mari à sa femme , pour venir en déduction sur des sommes considérables dont elle est créancière envers lui , est valable ; qu'en conséquence la saisie des objets mobiliers cédés , faite par le créancier du mari , postérieurement à la séparation de biens prononcés par justice , est nulle (Paris, 27 mai 1839).

45. — Après avoir indiqué les exceptions faites à la règle générale, qui prohibe les ventes entre époux, l'article 1595 réserve les droits des héritiers des contractants pour le cas où la vente, bien que rentrant dans l'une de ces exceptions, servirait à couvrir un avantage indirect. Il y a avantage indirect si la valeur de la chose donnée en paiement est de beaucoup supérieure à la chose due, et les héritiers des époux peuvent critiquer l'opération.

Mais de quoi s'agit-il ici ? D'une véritable action en

réduction attribuée aux seuls héritiers réservataires, ou d'une action en nullité attribuée à tous les héritiers réservataires ou non réservataires? Les auteurs sont divisés sur cette question. Pour soutenir qu'il s'agit d'une action en réduction purement et simplement, on raisonne ainsi : les libéralités indirectes sont valables quand elles sont faites entre personnes capables de donner et de recevoir directement (arg. *a contrario* des articles 911 et 1099). Les époux peuvent se faire des libéralités directes révocables (art. 1096); donc l'avantage résultant de la *datio in solutum* doit valoir comme libéralité indirecte et révocable; donc les héritiers à réserve peuvent seuls l'attaquer, si l'époux donateur est mort sans le révoquer (V., dans ce sens, Toullier, t. XII, n° 44; — Duranton, t. XVI, n° 452; — Troplong, n° 483; — Duvergier, t. I, n° 485; — Marcadé, sur l'art. 1595, n° 5; — Dalloz, *Répert. de jurisprudence*, v° *Vente*, n° 438).

Nous ne croyons pas, quant à nous, que cette opinion doive être suivie, malgré l'autorité et le talent des jurisconsultes qui la soutiennent. Les libéralités indirectes sont, en effet, toujours nulles pour défaut de forme, comme nous l'avons démontré précédemment, et fussent-elles même valables, comme l'admet la jurisprudence, elles devraient encore être nulles entre époux. La loi, en effet, craignant que la libéralité ne soit le résultat de la pression d'un époux sur l'autre, ne leur permet pas de se faire des libéralités irrévocables. Or, en fait, les libéralités déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont irrévoca-

bles; car si l'époux donataire n'a pas eu assez de fermeté pour refuser la libéralité que son conjoint sollicitait, comment en aurait-il assez pour engager un procès, afin de prouver que le contrat à titre onéreux n'est pas sérieux, et révoquer ensuite la libéralité qu'il a déguisée? Ainsi, dans l'hypothèse où le mari néglige de faire une coupe sur les biens de sa femme, afin de lui faire un avantage indirect, celle-ci est tenue, lors même que son mari est mort sans révoquer l'avantage indirect qu'il a voulu lui faire, de rapporter à la communauté et par conséquent aux héritiers du mari. Donc ici ce n'est pas une question de réduction, mais une question de capacité. La vente valable *in thesi* (puisqu'elle s'est produite dans l'un des trois cas de l'article 1595) sera nulle *in hypothesi*, parce qu'il y a eu un avantage indirect, et que l'époux de qui il émane n'avait pas la capacité de le faire. Il peut lui-même en demander la nullité, et ses héritiers réservataires ou non le peuvent aussi. Il en est de même à l'égard des créanciers des héritiers de l'un des époux; ils peuvent attaquer la vente eux-mêmes si les héritiers ne l'attaquent pas; car l'action en nullité n'est pas une action attachée à la personne comme l'action en réduction (MM. Valette et Bugnet).

46. — Supposons maintenant qu'une vente ait été faite par l'un des époux hors des cas où elle est autorisée par l'article 1595, quel doit être le sort de cette vente? Toullier (t. XII, n° 44) enseigne qu'une telle vente n'est pas nulle, qu'elle doit valoir comme donation déguisée, et qu'elle conservera toute sa force, si

le mari ne l'a point révoquée avant sa mort, et cela parce que la jurisprudence a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat. M. Troplong admet, en partie du moins, ces principes ; voici comment il s'exprime, n° 185 : « La vérité est » qu'on ne saurait décider, d'une manière absolue et » par une règle invariable posée *à priori*, du sort des » ventes dont il s'agit. Il peut arriver que les époux » aient entendu dissimuler, sous l'apparence d'un » contrat onéreux, une véritable donation ; *nul doute* » alors qu'un tel acte ne vaille dans les limites et » avec les conditions assignées par l'article 1096. » Mais il peut arriver aussi que les époux aient en- » tendu faire une vente dégagée de tout esprit de » donation, soit qu'ils aient voulu terminer de bonne » foi des arrangements de famille, soit qu'ils aient » cherché des moyens pour soustraire aux recherches » des créanciers du vendeur des biens dont la saisie » était imminente. Comment, dans un cas pareil, qui, » il faut le dire, est le plus fréquent, pourrait-on » maintenir, comme donation, un acte où la volonté » de donner ne serait pas intervenue? »

M. Duvergier (t. I, nos 183 et 184) adopte cette distinction. Entre les époux ou leurs héritiers, la vente sera réputée libéralité jusqu'à preuve contraire ; mais s'il est prouvé qu'il n'y avait pas intention de donner, le contrat sera nul : nul comme vente, puisque la loi défend la vente ; nul comme donation, puisqu'il n'y a pas eu intention de donner. A l'égard des tiers créanciers ou autres, ayant intérêt à con-

tester la vente, M. Duvergier pense qu'ils pourront la faire annuler en prouvant qu'elle n'a pas été faite avec l'intention de donner. A défaut de cette preuve, la vente sera réputée vis-à-vis d'eux aussi couvrir une donation ; mais en la prenant comme telle, ils auront le droit d'en demander la nullité, en vertu de l'article 1467, si elle a été faite en fraude de leurs droits, c'est-à-dire si elle a été faite postérieurement à la naissance de leurs droits, ou si, ayant été faite antérieurement, elle avait été tenue secrète par les époux. Nous ne croyons pas que cette opinion puisse être admise, et nous pensons que la vente est nulle dans tous les cas. En effet, de deux choses l'une : ou les parties ont voulu faire une véritable vente, ou elles ont voulu faire une donation déguisée. Dans le premier cas, le contrat est nul, parce qu'il était prohibé par l'article 1595. MM. Troplong et Duvergier en conviennent eux-mêmes. S'il s'agit, au contraire, d'une donation déguisée, elle est également nulle ; et c'est en vain que l'on invoquerait la jurisprudence qui a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat. Sans examiner ici le mérite de cette jurisprudence, et en l'acceptant pour le moment dans toutes ses conséquences, elle nous paraît reposer sur le dilemme suivant : Ou l'acte est sincère comme vente, et alors il est *valable* ; ou il cache un avantage, qui, d'ailleurs, aurait pu être fait ouvertement, et alors cet avantage indirect n'ayant rien de frauduleux doit aussi être maintenu. L'acte se présentant comme vente est maintenu comme vente,

parce que, *in thesi*, la vente est un acte légal ; mais dans notre hypothèse, la vente est interdite ; donc, l'acte tel qu'il se présente ne peut pas être maintenu (V., dans ce sens, Demolombe, Du mariage, t. II, § 242 ; — Dalloz, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *vente*, n^o 339 ; — Duranton, t. XVI, n^{os} 453 et 454 ; — Marcadé, Sur l'article 1595, n^o 4 ; — Bugnet et Valette).

Nous venons d'établir que les ventes faites par les époux en dehors des hypothèses de l'article 1595 étaient nulles ; il ne faut pas prendre l'expression au pied de la lettre ; elles ne le sont point absolument ; elles ne sont, en effet, qu'annulables, puisque le vice qui est en elles vient uniquement de l'incapacité des parties. Elles donneront lieu, par conséquent, à une action en rescision, qui ne sera prescriptible que par dix ans, à compter du jour de la dissolution du mariage : la prescription ne court point entre époux (art. 2253-2256). (Marc, sur l'article 1595, n^o 4 ; Troplong, n^o 484 ; Dalloz, *Répert. de jurisprudence*, v^o *Vente*, n^o 441).

17. — D'après ce que nous venons d'exposer, on comprend combien il est important, lorsqu'une vente est intervenue entre deux conjoints hors des cas spécialement déterminés par l'article 1595, de savoir si cette vente est antérieure ou postérieure à la célébration du mariage.

18. — Tout ce que nous venons de dire de la vente s'applique à l'échange ; non pas parce que ces deux contrats offrent entre eux la plus grande analogie,

mais parce qu'un texte formel du code civil le veut ainsi. L'article 1707, en effet, s'exprime de la manière suivante : « Toutes les autres règles prescrites pour » le contrat de ventes'appliquent d'ailleurs à l'échange. » Donc, les dispositions de l'article 1595 édictées spécialement pour la vente, doivent être étendues à l'échange.

CHAPITRE IV.

DES POURSUITES ET VOIES D'EXECUTION ENTRE ÉPOUX.

1. — Nous avons dit précédemment que le contrat entre époux, lorsqu'il est permis, doit produire ses effets ordinaires; faut-il conclure de là que des poursuites, des saisies, seraient possibles entre époux pendant le mariage, soit de la part du mari créancier de sa femme, soit de la part de la femme créancière du mari?

2. — Il faut distinguer. L'affirmative est adoptée par tous les auteurs, dans le cas de séparation de biens, soit contractuelle soit judiciaire, c'est-à-dire, précisément, dans les deux hypothèses où les contrats entre époux doivent être le plus fréquents. Ainsi, l'article 1444 n'accorde pas seulement à la femme la faculté d'exercer des poursuites contre son mari, elle lui en fait même une obligation en frappant de nullité la séparation : « si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme... »

— Le mari a, de son côté, les mêmes droits, et rien

de plus juste ; la séparation prononcée par justice, entraînant la liquidation et le partage de la communauté (art. 1478-1479), il fallait bien que les époux pussent alors exercer leurs actions réciproquement l'un contre l'autre. Mais cette hypothèse est-elle la seule où le droit réciproque de poursuite et de saisie doit être appliqué? Nous ne le pensons pas. Nous croyons au contraire que cette disposition doit être étendue au profit de l'un contre l'autre, toutes les fois que l'un est créancier de l'autre pour quelque cause que ce soit, pourvu que leurs biens soient séparés.

Ainsi, le mari qui aura fait de grosses réparations sur les biens dotaux de sa femme pourra s'en faire rembourser de suite sur ses biens paraphernaux, sans attendre la dissolution du mariage ; la femme, en effet, en lui livrant les biens en dot, est censée lui avoir promis qu'elle ne les laisserait pas dépérir, afin qu'il pût en jouir pour supporter les charges du mariage. Or, dans l'espèce, le mari a fait l'affaire de la femme, il doit donc avoir contre elle, comme il aurait contre tout autre, en cas pareil, une action *negotiorum gestorum*, dès le temps où la dépense a été faite (Duranton, t. XV, § 462).

C'est en vain que l'on objecterait que la prescription ne court point entre époux (art. 2253) ; il est à remarquer que cette suspension paraît fondée, non pas précisément sur une impossibilité légale et absolue d'agir, mais plutôt sur des motifs de convenance et sur la présomption que beaucoup d'obstacles de fait pourront alors empêcher les poursuites.

3. — Mais que décider dans l'hypothèse où le mari a la jouissance et l'administration des biens de la femme, soit sous le régime exclusif de communauté (art. 1530), soit sous le régime dotal (art. 1540, 1549), alors qu'il n'y a pas de biens paraphernaux, soit surtout sous le régime de la communauté (articles 1401, 1421); les poursuites entre époux seront-elles alors possibles? Il importe, tout d'abord, de faire une distinction entre le mari et la femme :

1° En ce qui concerne la femme, il paraît d'abord hors de doute qu'elle ne peut, ni intenter une demande, ni pratiquer une saisie contre son mari; elle n'a pas, en effet, l'exercice de ces actions (art. 1428), et elle ne pourrait le recouvrer qu'en demandant la séparation de biens, ce qui nous ramènerait à l'hypothèse précédente. C'est à tort que l'on objecterait, pour soutenir l'opinion contraire, que l'article 1595, 2°, autorise la cession que le mari fait à sa femme, *même non séparée*, lorsqu'elle a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant; il ne faut voir là qu'une simple faculté, un arrangement volontaire entre les époux; mais il est impossible, en présence des termes formels de l'article 1428, d'en induire, pour la femme, le droit d'exercer elle-même ses créances contre son mari autrement que par une demande en séparation de biens.

2° Telle est la situation de la femme. Mais que déciderons-nous à l'égard du mari? Pourra-t-il exercer des poursuites sur les biens personnels de sa femme

avant la dissolution de la communauté? Aura-t-il un moyen quelconque de se faire payer actuellement s'il est son créancier? Nous ne le pensons pas; les principes constants de l'ancien droit et les textes formels du code civil conduisent presque forcément à la négative.

1° Et d'abord, dans l'ancien droit, voici comment s'exprime Pothier à cet égard (*Traité de la communauté*, nos 676, 677): « 676. Il y a des créances » que l'un des conjoints a quelquefois, *lors de la dissolution de la communauté*, non contre la communauté, » mais contre l'autre conjoint; »

2° Le code civil a suivi les principes de l'ancien droit; l'article 1478 est, en effet, rédigé dans le sens du § 676 de Pothier :

« Après le partage consommé, *si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre*, comme lorsque le prix de son bien a été employé à payer une dette personnelle de l'autre époux ou pour toute autre cause, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels. »

On le voit, la règle posée par l'article 1478 est tout à fait générale et ne fait aucune distinction entre le mari et la femme. Mais ce n'est pas tout, l'article 1595, 3°, et l'article 2208 en matière d'expropriation forcée, viennent corroborer encore le sens de la disposition, si claire d'ailleurs, de notre article 1478. Le n° 3 du premier article ne permet la cession d'un bien par la femme à son mari, dans le cas d'exclusion

de communauté, que tout autant qu'elle a pour cause le paiement d'une somme promise en dot; d'autre part, l'article 2208, qui règle le cas d'une expropriation forcée dirigée contre la femme, ne paraît pas supposer du tout la possibilité de l'hypothèse du mari faisant exproprier sa femme. Du reste, les dispositions de l'article 1478 se justifient parfaitement au point de vue des principes et de l'équité. Avant de liquider ce que les époux se doivent respectivement et personnellement, il importait de liquider la communauté dans laquelle ils ont été engagé.

Les affaires de cette communauté sont distinctes de leurs affaires propres; c'est une tierce personne qui peut leur devoir ou dont ils peuvent être les débiteurs. Pour savoir quel est l'actif qui doit faire face à leurs dettes personnelles, il était donc nécessaire de constater ce qu'ils avaient à prendre dans la communauté. Sans la disposition de l'article 1478, tout aurait été confondu. Pourrait-on, par exemple, prélever sur les biens de la communauté ce que l'un des époux doit à l'autre époux, puisque ce n'est pas la communauté qui est débitrice? Non, sans doute. Il faut donc attendre que les parts soient faites, et c'est sur ces parts que chacun se paie, ou à défaut sur les biens personnels (Troplong, Cont. de mar., 1700). Le système contraire présenterait en outre un autre grave inconvénient; en accordant au mari, dès actuellement, le droit de poursuite sur les biens de sa femme, on l'accorderait aussi à ses créanciers comme exerçant ses droits (art. 1466); or, la loi a voulu éviter en général

cette intervention des tiers dans les rapports réciproques des époux ; elle s'en est notamment préoccupée en refusant aux créanciers personnels de la femme le droit de demander de son chef la séparation de biens (art. 1446).

C'est ainsi que l'avait décidé un jugement qui ne paraît avoir été réformé par la Cour de Riom que parce qu'à l'époque où elle rendait son arrêt, la dissolution du mariage était survenue par la mort du mari. « Attendu que le créancier du mari ne peut avoir de son chef, sur les biens de sa femme, plus de droit qu'il n'en a lui-même ; que le mari qui fait des réparations aux biens de sa femme et qui paie ses dettes ne peut en répéter le montant qu'après la dissolution du mariage ou après la séparation ; que la liquidation des reprises ne peut avoir lieu pendant l'administration du mari ; qu'elle serait nulle à défaut de capacité et de liberté de la part de la femme... (2 juin 1830, Bisset ; D., 1833, II, 243.) — Voyez, dans le même sens : Tessier, *De la dot*, t. II, p. 493 ; — Bellot Des Minières, t. II, p. 574 ; — Zachariæ, t. III, § 519 ; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n° 732 ; — Marcadé, sur l'article 1478, II ; — S. V, 49, II, 609.

APPENDICE.

Nous avons réuni sous ce dernier titre l'étude d'un certain nombre de questions qui, sans faire partie intégrante de notre sujet, s'y rattachent cependant d'une manière indirecte : tel est l'article 1407 à propos de l'échange, le sénatus-consulte Velléien, certaines conditions exigées pour l'emploi et le remploi entre mari et femme, etc.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTUDE SUR L'HYPOTHÈSE DE L'ARTICLE 1407.

L'article 1407 s'exprime en ces termes :

- » L'immeuble acquis pendant le mariage à titre
- » d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des
- » deux époux n'entre point en communauté, et est
- » subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné,
- » sauf la récompense s'il y a soulte. »

L'échange dont parle l'article 1407 peut se définir

ainsi : C'est l'aliénation de l'immeuble de l'époux moyennant un autre immeuble aliéné au profit de cet époux par l'acquéreur du sien.

En matière d'échange, pas de distinction à faire entre le mari et la femme. L'immeuble acquis par l'un ou par l'autre époux en contre-échange de son propre devient toujours propre à la place de celui-ci. Seulement, si les deux immeubles ne sont pas d'égale valeur, et qu'une somme d'argent soit ajoutée par l'un ou par l'autre, il sera dû récompense, soit à la communauté par l'époux, si c'est cet époux qui a payé la soulte à son coéchangiste, soit à l'époux par la communauté, si c'est par le coéchangiste que la soulte a été payée. Ici se présente une difficulté. Que décider dans le cas où la soulte, payée par l'époux au coéchangiste, serait autant et plus considérable que l'immeuble livré par cet époux ? Ainsi, qu'un immeuble de 30,000 fr. soit acquis par un époux au moyen de 20,000 fr. pris dans la communauté, et d'un immeuble de 10,000 fr. propre à cet époux, l'immeuble acquis deviendra-t-il propre à cet époux pour le tout ? Les auteurs sont divisés et trois opinions se présentent sur ce point :

1^o Une première opinion répond affirmativement à la question posée. La loi, dit-on, ne distingue pas ; elle déclare propre l'immeuble acquis en échange, alors même qu'il y a soulte sans se préoccuper du plus ou du moins d'importance de cette soulte ;

2^o Dans une seconde opinion, directement opposée à la première, on soutient que quand la soulte est

plus considérable que l'immeuble de l'époux, et représente, par suite, plus de la moitié de la valeur de l'immeuble acquis, le traité fait sous le nom d'échange doit être réputé achat en vertu de la règle *major pars trahit ad se minorem*, et qu'ainsi l'immeuble acquis forme un *conquêt*, sauf récompense à l'époux pour la valeur de son immeuble (Delvincourt, t. III, notes ; Bellot, I, p. 213 ; Bugnet sur Pothier Comm., n° 197) ;

3° Enfin, une troisième opinion, qui tient le milieu entre les deux autres, admet que quand la soulte se trouve ainsi tellement considérable qu'elle ne peut passer pour un simple accessoire, le contrat doit être pris pour ce qu'il est en *réalité*, c'est-à-dire pour un mélange d'échange et de vente, de telle sorte que l'immeuble acquis sera propre pour la portion correspondant à la valeur du bien abandonné par l'époux et *conquêt* pour le surplus. Dans l'hypothèse exposée ci-dessus, l'immeuble acquis serait propre pour deux tiers et commun pour l'autre tiers. Nous croyons que c'est ce dernier système qui doit être adopté. C'était celui qui était suivi dans l'ancien droit (Pothier, *Comm.*, n° 197). Et, en outre, il paraît plus conforme que les deux autres aux véritables règles de l'équité. En effet, quand l'immeuble acquis est payé tout autant par une somme d'argent que par l'abandon d'un immeuble, il y a certainement à la fois *vente* et *échange*, et dès lors, le premier système doit être rejeté. Mais, d'autre part, puisque l'époux a entendu échanger son immeuble, il serait contraire au droit et à l'équité de décider qu'il y a vente pour le tout, et le second sys-

tème doit être repoussé comme le premier. Ainsi, en règle générale, dans l'hypothèse que nous visons, l'immeuble acquis sera *conquêt* pour partie, et *propre* pour l'autre partie. Il n'en serait pas de même dans le cas où l'immeuble livré par l'époux serait bien moins considérable que la somme prise dans la communauté, et où l'on reconnaîtrait en fait que l'intention des époux a été de faire uniquement une acquisition pour la communauté ; alors achat pour le tout, et l'immeuble serait pour le tout un *conquêt*. Mais ceci n'infirme en rien le principe que nous avons précédemment établi.

L'article 1408 du code civil s'exprime ainsi :

« 1^o L'acquisition faite pendant le mariage à titre de licitation ou autrement de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un *conquêt*, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition (C. 883, 1686 et s.).

» 2^o Dans le cas où le mari deviendrait, seul et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. »

Nous n'avons à nous occuper que de la seconde hypothèse de l'article 1408 ; car c'est dans cette hypo-

thèse qu'il y a contrat à titre onéreux d'époux à époux.

La loi statue dans le cas d'une acquisition faite par le mari de tout ou partie d'un immeuble indivis entre sa femme et des tiers. Le mari est devenu seul et en son nom personnel acquéreur ou adjudicataire, soit de la portion de cet immeuble appartenant à la femme, soit de la fraction qui appartenait aux copropriétaires de la femme, soit enfin de la totalité de l'immeuble. Que devait-on décider dans l'espèce? Le mari devait-il garder pour lui ou plutôt pour la communauté l'acquisition faite? Mais alors il enlevait à sa femme le droit bien légitime d'acquérir, comme propre, un bien patrimonial. Devait-elle, au contraire, être obligée de prendre pour elle les portions acquises par son mari au prix qu'il avait promis? Mais ce prix pouvait être exagéré; il pouvait ne pas lui convenir d'acquérir l'immeuble en totalité. Afin de tout concilier, la loi a pris un terme moyen; elle a permis à la femme d'opter entre le principe général et la règle exceptionnelle de l'article 1408, 4°, c'est-à-dire de laisser le marché pour le mari, ce qui fait tomber dans la communauté l'immeuble acquis par ce dernier, ou de prendre ce marché pour elle, ce qui donne à l'immeuble la qualité de propre de la femme, sauf, bien entendu, dans l'une et l'autre hypothèse, les indemnités de droit.

Nous allons maintenant avoir à examiner successivement : 1° dans quelles circonstances se produit l'option; 2° par qui elle peut être faite; 3° à quelle époque elle doit avoir lieu; 4° quels effets elle produit.

1° Des termes employés par le 2° de l'article 1408, il résulte que l'option accordée à la femme ne peut se produire qu'avec la réunion des trois conditions suivantes. Il faut : 1° que l'acquisition porte sur tout ou partie d'un immeuble déterminé ; 2° que cette acquisition soit faite à titre onéreux ; 3° qu'elle soit faite par le mari seul et en son nom personnel.

1° L'acquisition doit porter sur tout ou partie d'un immeuble déterminé ; il résulte de là que la disposition de l'article 1408, 2°, ne recevrait pas son application dans le cas où le mari aurait fait l'acquisition plus ou moins aléatoire de droits successifs dans une succession mobilière et immobilière qui viendrait à échoir à la femme. La femme, dans ce cas, ne pouvait pas exercer le droit de retrait que lui accorde notre article, parce que ce retrait étant un véritable privilège pour elle, il ne doit pas être étendu au delà des limites fixées par la loi. Or, la loi ne parlant que de l'hypothèse où le mari s'est rendu acquéreur de portion ou de la totalité d'un immeuble (corps certain et déterminé), nous ne pouvons pas étendre cette disposition à l'acquisition des droits dans une succession mobilière et immobilière, c'est-à-dire de droits éventuels et indéterminés. Nous croyons que cette règle, qui ne fait pas de doute sous le régime de la communauté, doit être étendue au régime dotal. Telle est du reste l'opinion de la jurisprudence et de la plupart des auteurs (Req. rej., 25 juillet 1844, aff. de Montviol ; *Contrat de mariage*, Rodière et Pont, t. I, n° 491).

2° Il faut que le mari se rende adjudicaire ou ac-

quéreur. Dans le projet primitif du Code, on ne prévoyait que l'hypothèse où le mari se rendait seul adjudicataire sur licitation de l'immeuble dans lequel la femme avait un droit indivis. Mais sur l'observation du tribunal, qui fit remarquer que l'avantage était le même pour la femme, qu'il s'agit d'une licitation ou de toute autre acquisition volontaire, la loi fut rédigée en termes très généraux (Loché, *Législation civile*, t. XIII, p. 128 et 247).

Cependant il ne faut pas donner à la loi un sens trop large et supposer qu'elle a voulu parler de toutes espèces d'acquisitions, quels qu'en fussent les caractères. Ce qui prouve que notre article entend parler seulement d'une acquisition à titre onéreux, c'est qu'il oblige la femme à restituer le prix à la communauté en cas d'option pour le retrait de l'immeuble (V., dans ce sens, Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 492; — Duranton, t. XIV, n° 202; — Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conjug.*, n° 123; — Taulier, t. V, p. 65).

3° En troisième lieu, il faut que l'acquisition ait été faite *par le mari seul et en son nom personnel*. Cette expression ne doit pas être prise au pied de la lettre, et signifie tout simplement : par le mari *agissant autrement que pour représenter ou assister sa femme*. Ainsi, si le mari avait déclaré, dans l'acte d'acquisition, qu'il agit non pour lui personnellement, mais pour sa communauté, il faudrait, si l'on voulait s'en tenir rigoureusement au texte, décider que, dans l'espèce, la règle ne s'appliquera pas. Ce serait une erreur, puisque c'est

le cas le plus évident d'application de cette règle ; au contraire, elle ne recevrait pas son application dans le cas où le mari , ayant agi vraiment pour son compte personnel , aurait acquis le bien comme propre dans les différentes hypothèses où la loi l'y autorise ; c'est-à-dire ou en l'acceptant comme donataire , ou en le prenant en échange , ou pour emploi d'un bien à lui propre. Ce dont il faut se bien rendre compte , c'est qu'ici la loi oppose la personne du mari à la personne de la femme , et non pas à la communauté dont il est le représentant. Aussi , alors même que le mari aurait déclaré qu'il fait l'acquisition pour sa femme , et pour que le bien soit propre à celle-ci , cette déclaration , si elle ne résultait pas , sans aucun doute possible , d'un mandat donné par la femme au mari , n'empêcherait nullement la disposition de notre article de recevoir son application. Dans le cas où le mari aurait agi avec le concours de sa femme , mais avec déclaration que l'acquisition est faite pour la communauté , ce concours ne priverait pas la femme de son droit d'option. Même décision dans le cas où la femme aurait agi seule , mais pour son mari , et en exécution d'un mandat de celui-ci ; car , dans ce cas , c'est le mari qui a agi par le ministère de la femme. En résumé , voici la distinction à établir : chaque fois que l'acquisition , en quelques termes et de quelque façon qu'elle ait été faite , est , au fond , non l'œuvre de la femme , mais l'œuvre du mari (pourvu toutefois qu'elle ne lui constitue pas un propre) , il y a lieu à l'option de la femme ; chaque fois , au contraire , que c'est la femme qui a acquis , et ac-

quis pour elle, soit par elle-même avec assistance du mari, soit par le mari agissant en qualité de mandataire, nous ne sommes plus alors dans l'hypothèse de l'article 1408, 2^o; nous rentrons dans la règle du premier alinéa; il suit de là que la portion acquise devient propre à la femme immédiatement et qu'elle ne peut pas en faire un conquêt (V., dans ce sens, Marcadé, t. 5, p. 474; Duranton, t. XIV, n^o 205; Taulier, t. V, p. 65; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. 1, n^o 493; *Contra* Toullier, t. XII, n^o 166, et Dalloz, Rec. alph., t. X, p. 197).

§ II. — Le droit d'option conféré par l'article 1408, 2^o, pourra-t-il appartenir au mari? Non, et cela se comprend parfaitement : le mari, en effet, était toujours libre d'acquérir ou de ne pas acquérir. A la femme seule appartiendra donc ce droit d'option. Mais ici se présente la question de savoir si le droit que la loi confère à la femme est de nature à pouvoir être exercé à son défaut : 1^o par ses héritiers; 2^o par ses créanciers.

1^o A l'égard des héritiers légitimes d'abord, la question ne fait pas de doute, puisqu'aux termes de l'article 724 du code civil, ces héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. La question ne semble pas faire non plus de doutes sérieux en ce qui concerne les héritiers irréguliers, à l'exception toutefois du mari et pour les raisons données précédemment.

2^o La question présente plus de difficulté à l'égard

des créanciers. La Cour suprême a déclaré le droit d'option exclusivement personnel à la femme, en cassant, le 14 juillet 1834, une décision contraire de la cour de Limoges du 30 août 1831. La Cour de Riom, saisie par renvoi de cette affaire, a refusé aussi l'option aux créanciers, et le pourvoi contre cet arrêt du 14 février 1836, a été rejeté par la Chambre des requêtes, le 8 mars 1837.

Telle est l'opinion vers laquelle penche la jurisprudence ; mais la plupart des auteurs se sont prononcés, et avec raison, croyons-nous, dans le sens contraire. En effet, si le privilège dont il s'agit consistait seulement dans le droit de faire devenir propre un bien qui, d'après la règle générale, serait conquêt, on pourrait s'expliquer le système de la jurisprudence ; on dirait qu'il ne s'agit pas là d'une question pécuniaire, mais d'une satisfaction morale, et que, dès lors, la femme ou ses héritiers peuvent seuls invoquer ce bénéfice. Mais il n'en est pas ainsi. Le privilège accordé à la femme par notre article consiste autant à rendre conquêt un bien qui devrait être propre, qu'à rendre propre celui qui devrait être conquêt. On voit par là que ce privilège n'est pas établi uniquement pour la satisfaction morale de la femme, mais aussi pour la protection de ses intérêts d'argent, et dans le but de la garantir du préjudice pécuniaire que pourrait lui occasionner l'administration du mari. Or, puisque le retrait accordé par la femme est principalement fondé sur un intérêt pécuniaire, sur le droit de choisir, entre deux biens, celui qui a le plus de valeur, rien ne pa-

raît s'opposer sérieusement à ce qu'il puisse être exercé par les créanciers de la femme.

(Pour la personnalité du droit : Cass. 14 juillet 1834 ; Riom, 11 février 1836 ; Rej. 8 mars 1837 Deville, 34, I, 533 ; id., 36, 2, 186 ; 37, I, 331). V. également Glandaz, n° 129 ; — M. Odier, I, 143 ; Troplong, I, 678. — En sens contraire : Duranton (XIV, 203) ; Zachariæ (II, p. 339) ; Dalloz (1834, I, 282) ; — Rodière et Pont (I, 494) ; Marcadé (t. V, p. 474).

3° A quelle époque doit se faire l'option de la femme ? Lors de la dissolution de la communauté, nous dit l'article 1408 ; c'est à ce moment, en effet, que la femme a la pleine liberté de son choix ; elle n'est plus dans la même dépendance de son mari, s'il vit encore, puisque, par la séparation de biens, il a perdu l'administration des biens de la femme. Aussi croyons-nous, avec MM. Rodière et Pont (t. I, n° 495), contraire à la pensée du législateur la décision d'un arrêt par lequel la Cour de Lyon a jugé : « qu'en fixant la dissolution de la communauté pour époque à l'option de la femme, la disposition de la loi n'est pas absolue, mais seulement indicative ; qu'elle n'a pas eu pour objet de contraindre la femme à retarder dans tous les cas son option jusqu'à la dissolution (arrêt du 20 juillet 1843, aff. Coméat). La Cour de cassation s'est, du reste, prononcée en sens contraire. Ainsi, elle a décidé que la femme, dans le cas où le mari s'est rendu acquéreur d'une portion de droits successifs mobiliers et immobiliers échus par indivis à celle-ci, ne peut exercer le retrait d'indivision que lui assure

l'article 1408, qu'à l'époque de la dissolution de la communauté; que jusqu'à cette époque, le mari est réputé, surtout à l'égard des tiers, seul propriétaire des droits acquis, et qu'il reste soumis aux éventualités attachées à cette propriété provisoirement exclusive, sauf l'exercice du droit d'option ou de retrait qui appartient à la femme; que par suite, la femme ne peut pas anticiper cette option et se prononcer, durant l'existence de la communauté, pour le retrait d'indivision, à l'effet de soustraire son mari au retrait successoral que les cohéritiers veulent exercer contre lui (Req., 25 juillet 1844, aff. de Montviol). Quand la femme est mariée sous le régime dotal, l'ouverture du droit d'option ne peut plus se placer à la dissolution de la communauté, puisqu'il n'y a pas de communauté. La Cour de Limoges a décidé, le 12 mars 1828, aff. Guyard, que la femme, dans ce cas, « doit faire son option quand elle règle ses droits; et quand il s'agit de biens paraphernaux, elle peut et doit faire son option immédiatement après l'acquisition. »

On se demande maintenant quel sera le délai pendant lequel la femme ou ses héritiers auront le droit de faire l'option? Toullier, XII, 468, dit que la femme a trente ans pour faire son choix, lorsqu'elle renonce à la communauté. Cette opinion est encore adoptée par un arrêt de la Cour de Bordeaux (Bordeaux, 6 août 1834, aff. Viveille), qui décide que lorsque le mari a acquis en son personnel une portion d'immeuble appartenant par indivis à sa femme, il ne peut être formé contre elle-ci ou ses héritiers, après

la dissolution de la communauté, soit une action en délaissement de la portion acquise, soit une action en remboursement du prix, tant qu'ils n'ont pas fait l'option, à eux accordée par l'article 1408, § 2, d'abandonner ou de retenir l'immeuble.

Cette doctrine a été généralement rejetée, et avec raison, croyons-nous. Certainement, si les héritiers du mari de leur côté, et la femme du sien, restaient dans l'inaction, sans demander la liquidation de leurs droits, ces droits continueraient de subsister pendant le temps nécessaire pour prescrire ; mais, si les héritiers du mari demandent que la femme se prononce, elle doit le faire de suite, sans pouvoir prétendre qu'elle a un délai d'un an, et encore bien moins un délai de vingt ou trente ans. La loi, en effet, ne dit pas que la femme pourra opter pendant un certain temps après la dissolution de la communauté ; mais elle dit qu'elle devra le faire lors de cette dissolution (V., dans ce sens, Delvincourt, t. III ; — Duranton, XIV, 240 ; — Zachariæ, t. III, p. 428 ; — Rodière et Pont, I, 495 ; — Troplong, I, 680 et 684 ; — Marcadé, t. V, p. 472).

4° Quels sont les effets de l'option laissée à la femme ? — La femme a le choix, ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition.

Dans le cas où la femme prend ce dernier parti, elle exerce ce que l'on appelle communément le re-

trait d'*indivision*, c'est-à-dire que, prenant pour elle le marché fait par son mari, elle retire l'objet de l'acquisition et le conserve en propre, comme la part qu'elle avait personnellement dans l'indivision, à la charge d'indemniser la communauté de la somme qui en a été retirée pour faire l'acquisition. Nous disons du prix de l'acquisition, c'est-à-dire que la femme doit restituer ce prix, sans tenir compte de la plus ou moins-value qui se serait produite depuis l'acquisition. C'est là ce qui fait la chance inégale au profit de la femme : libre de laisser le marché à la charge du mari, s'il est onéreux, et de se l'attribuer, au contraire, s'il y a avantage. Toutefois, il va sans dire que la femme devrait tenir compte à la communauté des dépenses nécessaires ou utiles faites sur l'immeuble ; ce sont des charges résultant, dans tous les cas semblables ou analogues, des principes généraux du droit ; il n'y a aucune raison, dans le cas qui nous occupe, de faire fléchir ces principes (Rodière et Pont, t. I, n° 197).

L'option de la femme pour le retrait a un effet rétroactif ; elle est considérée comme ayant toujours été propriétaire de l'immeuble depuis l'acquisition par le mari. Par suite, elle prend l'immeuble libre de toutes hypothèques qu'aurait consenties celui-ci. Sans cela, il aurait été trop facile au mari de rendre le droit de la femme tout à fait illusoire. Il en serait différemment, bien entendu, si la femme avait consenti à la vente, à l'hypothèque ou à toute autre charge.

La femme, au lieu d'opter pour le retrait d'indivision, peut prendre un autre parti : elle peut laisser le marché pour le mari. Dans ce cas, l'acquisition faite par ce dernier tombe dans la communauté, sauf le remboursement à faire par le fonds social à la femme, d'une partie du prix total proportionnée à la part qu'elle avait dans l'immeuble, pourvu toutefois que cette part se soit trouvée comprise dans l'acquisition. Il y a, en effet, dans l'espèce, deux hypothèses à distinguer. Ou le mari s'est rendu adjudicataire de tout l'immeuble, et alors le prix à rembourser pour la femme est une part proportionnelle du prix total ; ou l'acquisition, étant de gré à gré, ne sera que d'une portion de l'immeuble : elle ne comprendra que les parts des copropriétaires de la femme. D'après M. Duranton (t. XIV, n° 206), le prix dû alors à la femme sera proportionné à celui que le mari a payé pour les autres portions ; et dans le cas où il les aurait acquises à des prix différents et à diverses reprises, il faudrait prendre le terme moyen comme point de comparaison. Nous croyons, avec MM. Rodière et Pont (t. I. n° 496) et Marcadé (t. V, p. 473) que cette opinion doit être rejetée ; le prix payé par le mari pourra bien être considéré comme un indice de la valeur, mais il n'y aura pas obligation pour la communauté de tenir compte à la femme dans la même proportion.

Dans l'hypothèse d'une acquisition partielle ne comprenant pas la portion de la femme, Toullier (t. XII, n° 467) semble refuser à la femme le droit d'abandonner sa part à la communauté. D'après lui, l'arti-

de 1408 ne serait applicable qu'au cas où la portion indivise de la femme aurait été mise en adjudication avec les autres portions. La femme alors aurait seulement le droit de conserver sa part en nature, sauf à partager l'immeuble avec les héritiers du mari, si elle renonçait. Nous croyons, avec MM. Rodière et Pont (t. I, n° 496) et Marcadé (t. V, p. 473), que cette opinion doit être rejetée. Elle est en opposition flagrante avec le texte de l'article 1408, qui accorde la faculté d'option pour les deux cas où le mari s'est rendu *acquéreur* ou *adjudicataire* de la *portion* ou de la *totalité* de l'immeuble. Là où la loi n'établit pas de distinctions, nous ne pouvons pas en établir.

CHAPITRE II.

DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI ENTRE ÉPOUX.

Nous ferons, à cette occasion, l'observation que nous avons déjà faite à propos de l'échange. Nous n'avons pas l'intention de traiter *in extenso* et dans toutes ses parties la matière si importante de l'emploi ou du remploi; nous ne nous en occuperons, comme de l'échange, qu'à propos des relations de contractants que l'emploi et le remploi établissent entre époux; ainsi nous n'aurons pas à nous préoccuper des effets de l'emploi ou du remploi par rapport aux tiers.

1° Les articles 1434 et 1435 traitent du remploi, mais n'en donnent pas la définition. Tâchons de suppléer à cette lacune de la loi.

Sous le régime de la communauté on distingue les propres, biens dont la propriété demeure à chacun des époux, et les biens communs qui tombent dans l'actif social, non-seulement pour l'usufruit, mais pour la propriété. L'article 1434 se place dans l'hypothèse où un propre, soit du mari, soit de la femme, a été aliéné. Dans ce cas, plusieurs situations sont à considérer :

1° Le prix n'a pas été payé; la créance en reste propre à l'époux aliénateur, comme acquise en échange d'un propre.

2° Le prix a été payé, il tombe en communauté, sauf récompense, aux termes de l'article 1433;

3° Le prix payé a été employé à l'acquisition d'un bien destiné à remplacer le propre aliéné, et qui demeure pareillement propre à l'aliénateur; c'est l'*opération* que nos articles appellent *remploi*; le sens étymologique de ce mot ne présente pas de difficulté. Les articles 1434 et 1435 s'appliquent également à l'emploi; on nomme ainsi l'acquisition d'un propre, non plus avec le prix d'un propre aliéné, mais avec des deniers qui sont entrés comme propres directement dans le patrimoine d'un des époux. Ces deniers, sous le régime de communauté légale, ne pourront provenir que de sommes données ou léguées à un époux avec clause qu'elles lui demeureront propres; mais, sous les régimes de communauté conventionnelle ou sous certains des régimes de communauté modifiés par le Code, d'autres cas analogues pourront se présenter.

Inutile de faire remarquer la corrélation entre les mots *emploi* et *remploi* ; le remploi est réellement un nouvel emploi. Ainsi on peut les définir :

L'*emploi* et le *remploi* ne sont autre chose que l'affectation de sommes tombées en communauté à charge de récompense, à l'acquisition d'immeubles qui doivent rester propres à l'époux à qui récompense était due.

On se demande si des meubles propres à un époux étant aliénés, il pourrait y avoir lieu à remploi ? Ce qui pourrait faire naître des doutes, c'est que le législateur, dans les articles 1433, 1434, 1435, où il traite du remploi, suppose toujours que le propre aliéné est un immeuble. Quant à nous, nous croyons que dans l'espèce, le législateur n'a parlé que *de eo quod plerumque fit*, et que ces dispositions n'ont aucun caractère limitatif ; comme il sera très-rare que sous le régime de communauté légale un époux ait des meubles propres, que cela n'arrivera qu'au cas de donation ou legs de meubles avec clause qu'ils resteront propres ; comme, même en ce cas, les meubles n'auront pas le plus souvent une valeur qui permette une acquisition immobilière en remploi, la pensée du législateur ne s'est pas portée sur ce cas. De là, les termes de nos articles n'ont, en somme, rien de limitatif. Ce qui le prouve bien, c'est qu'on admet la possibilité de l'emploi, lequel s'applique à des deniers, c'est-à-dire à des meubles. L'emploi et le remploi pourraient-ils se faire en meubles ? Pas de difficulté, s'il s'agit de rentes sur l'Etat : la loi du 2 juillet 1862 a tranché la question dans le sens de l'affirmative. A l'égard d'au-

tres valeurs mobilières, les textes sont muets ; mais la jurisprudence comme la doctrine sont d'accord que le remploi et l'emploi doivent porter sur une acquisition ayant caractère immobilier ; immeubles ou actions immobilières. C'est peut-être là une décision un peu arbitraire, parce que la loi ne s'exprime pas formellement sur ce point.

Le remploi peut-il se faire par anticipation ? C'est-à-dire l'acquisition de l'objet du remploi peut-elle précéder la vente du propre ? Nous croyons qu'il faut admettre l'affirmative (*Cass.*, 23 novembre 1826 et 5 décembre 1854), avec une restriction toutefois, c'est que l'acquisition devra se faire alors avec un délai pour le paiement, qui permette d'effectuer ce paiement au moyen des deniers résultant de l'aliénation postérieure du propre. Sans cette *formalité*, la déclaration de l'article 1434 deviendrait impossible et évidemment fausse. A l'égard de l'emploi, il ne saurait jamais se faire par anticipation, le bon sens seul l'indique.

La loi distingue le remploi au profit de la femme et le remploi au profit du mari. L'*emploi* et le *remploi* sont toujours soumis, dans ces deux cas, aux mêmes règles.

Remploi ou emploi au profit du mari. — Formes et conditions.

Pour le remploi, le texte exige deux déclarations.

A. La déclaration que l'acquisition est faite des

deniers provenant de la vente d'un propre. — Ces expressions doivent-elles se prendre au pied de la lettre? Non, il n'est pas nécessaire que les écus soient matériellement les mêmes, et, d'ailleurs, la loi n'indique aucun moyen de contrôle; et on ne devrait pas permettre au mari d'alléguer la fausseté de cette affirmation pour remettre l'immeuble dans la communauté. Il serait à craindre qu'il n'agît ainsi que si l'acquisition n'était pas avantageuse. Toutefois, si la somme avait été prise dans la communauté sans équivalent, la femme ou ses ayant droit pourraient évidemment en faire la preuve lors de la dissolution de la communauté, et faire comprendre l'immeuble dans l'actif commun. Pour l'emploi, il faudrait une déclaration analogue, où l'on mentionnerait que les deniers proviennent de telle source, et qu'ils sont propres, en vertu de telle clause.

B. — La déclaration que l'immeuble est acquis pour tenir lieu de remploi, ou d'emploi, selon le cas.

Ces deux déclarations doivent être faites dans l'acte ou à l'instant de l'acquisition, faute de quoi l'objet deviendrait acquêt immédiatement, et le mari ne pourrait plus tard le prendre en remploi, du consentement même de la femme : car ce *consentement* constituerait une vente, laquelle est interdite entre époux (art. 1595) (Duranton, t. XIV, n° 428).

Les termes de ces déclarations doivent-ils être sacramentels? Non, il suffit, mais il faut que l'acte exprime clairement la volonté d'opérer le remploi et

que l'origine des deniers soit indiquée (Cass., 23 mars 1838).

Le but de ces déclarations est d'empêcher que le mari puisse rendre l'immeuble propre, ou le laisser à la communauté, selon qu'avec le temps il jugerait l'acquisition avantageuse, ou non. Voilà pourquoi elles sont essentielles, et rien ne pourrait les suppléer postérieurement. Ces déclarations faisaient dans l'ancien droit l'objet d'assez vives controverses. Pothier n'exigeait que l'une des deux ; Renusson, Lebrun (*Communauté*, p. 358, n° 68) et Duplessis en voulaient deux, et c'est leur opinion qui a été adoptée par notre code civil. Enfin, certaines coutumes, outre les deux déclarations de l'article 1434, exigeaient que le mari, lors de la vente des propres, fit une protestation ou réserve de emploi, pour empêcher sans doute le prix de tomber en communauté.

Coutume de Sens (art. 277). — « Si l'un des mariés vend son propre héritage, et des deniers d'icelle vente achète autre héritage, ledit héritage ainsi acheté sera tenu et réputé conquest, s'il n'est expressément dit et protesté, en faisant la première vendition, que les deniers seront employés en autre héritage, et qu'il sortira pareille nature et condition que l'héritage vendu, ou que l'autre desdits mariés le consente sans fraude. »

Voyez aussi Nivernais, ch. XXIII, art. 31 ; Bourbonnais, art. 239.

L'immeuble acquis prend immédiatement la place du propre aliéné. Le mari ne pourrait plus tard l'aban-

donner à la communauté pour exercer ses reprises en argent.

Emploi ou remploi au profit de la femme. — Formes et conditions.

Parlons maintenant de l'emploi ou remploi au profit de la femme, et voyons quelles en sont les formes et les conditions, les ressemblances et les différences qu'ils présentent avec l'emploi et le remploi précédents. Comme dans l'hypothèse précédente, le mari doit, en général du moins, faire la déclaration, dans l'acte d'acquisition, que l'acquisition a lieu avec les deniers provenus de l'aliénation du propre de la femme, et que l'objet de cette acquisition est destiné au remploi du propre aliéné. Mais que décider relativement à la double déclaration ? Faudra-t-il, comme précédemment, faire dépendre l'efficacité du remploi de cette circonstance que la double déclaration soit faite dans le contrat même d'acquisition ? Nous ne le pensons pas. Déjà, dans l'ancien droit, la majorité des auteurs se prononçait pour la négative. Ainsi Dumoulin disait sur la coutume du Bourbonnais (art. 238) et sur celle de Blois (art. 164) : « *Maritus poterit ex intervallo bonam fidem agnoscere, etiam in testamento.* » Nous croyons qu'il doit en être de même aujourd'hui. En effet, l'article 1595 du code civil permet au mari de céder un de ses immeubles à sa femme, pour tenir lieu à cette dernière du remploi d'un immeuble aliéné. Cela prouve

bien que la déclaration du mari peut n'intervenir qu'après l'acquisition.

Ce qui vient encore à l'appui de notre opinion, c'est l'exception expressément faite par la loi pour le cas de faillite du mari. Aux termes de l'article 558 du code de commerce, la femme ne peut reprendre l'immeuble acquis en son nom des deniers provenant de ses propres, que tout autant « que la déclaration » d'emploi est expressément stipulée au contrat d'acquisition, et que l'origine des deniers est constatée » par inventaire ou par tout autre acte authentique. » Ainsi, sauf cette exception, il y aurait, en règle générale, entre le remploi fait en faveur du mari et le remploi fait en faveur de la femme, cette première différence, que celui-ci peut très-bien s'accommoder d'une déclaration postérieure à l'acquisition, tandis que l'autre ne peut résulter que d'une déclaration faite dans l'acte même d'acquisition.

La formalité exigée précédemment ne suffit pas (Art. 1435, 2^o.) Il faut, en outre, l'acceptation de la femme. Le texte dit : « *formellement*, » ce qui exclut toute acceptation tacite ; mais il n'y a pas de formule exigée. Plusieurs questions se présentent à ce sujet :

1^o On se demande s'il suffit que la femme ait signé l'acte d'acquisition ? 2^o L'acceptation s'induit-elle des faits et circonstances ? 3^o La présence de la femme à l'acte serait-elle suffisante ? 4^o Cette acceptation peut-elle être verbale ou par écrit, sauf exception de l'article 1444 ? 5^o Dans le cas où l'acceptation de la femme est postérieure à l'acquisition faite par le mari, cette

acceptation peut-elle être faite par un acte sous seing privé?

Voici comment s'exprime Troplong, sur la question de la signature :

« La femme est présente et signe un contrat dans lequel le mari déclare qu'il achète tel immeuble pour tenir lieu à la femme de son emploi; est-ce que la présence de cette femme et sa signature ne sont pas une acceptation suffisante, bien que le contrat ne dise pas *expressément* et *formellement* que la femme a accepté? Pothier, n° 200, n'hésite pas à le croire, et tel paraît être l'avis de Lebrun, bien que cependant il veuille un consentement exprès. »

Nous croyons avec Troplong que la signature de la femme au contrat suffira pour constituer de sa part un consentement formel. L'acceptation de la femme peut-elle s'induire des faits et circonstances?

Dans l'ancien droit, cette question était sujette à controverses. D'après Duplessis, la femme, pour être liée, *devait parler au contrat*, c'est-à-dire acheter avec son mari l'immeuble destiné au emploi; sans cela elle devait *ratifier l'acquisition*. D'autres auteurs étaient moins exigeants; ils jugeaient la présence seule de la femme au contrat, alors même qu'elle ne parlait pas, suffisante pour entraîner présomption d'acceptation du emploi. C'était l'opinion de Pothier (*De la communauté*, n° 200). Notre code civil semblait avoir tranché la question en exigeant une *acceptation formelle*. Cependant, aujourd'hui même, il y a controverse entre les auteurs sur la question de savoir si la présence seule

de la femme au contrat d'acquisition à titre de remploi équivaut à une acceptation tacite, sans qu'il y ait rien d'exprès dans le contrat.

MM. Rodière et Pont (*Contrat de mariage*, n° 510) ne regardent pas comme suffisants la présence et le silence de la femme; ils craignent l'influence du mari sur la femme; ils invoquent, comme argument d'analogie en faveur de leur opinion, la disposition de l'article 1544, en vertu duquel la femme qui assiste à un contrat de mariage n'est pas censée consentir, par cela seul, à une constitution de dot que le mari fait au nom de la femme. Enfin, ils invoquent l'autorité de Bourjon, lequel s'exprime ainsi (*Droit commun de la communauté*, 6^{me} partie, ch. II, n° 62) : A l'égard de la femme, son action « de remploi ne cesse que lorsqu'elle a accepté le remploi du prix de son propre aliéné, en acquisition de la vente ou héritage acquis, et il faut que cette acceptation soit formelle; sans elle l'action de remploi de la femme subsiste dans toute son étendue. »

M. Troplong (n° 1129) est d'un avis opposé; à l'autorité de Bourjon, il oppose l'autorité de Pothier (*De la communauté*, n° 200), pour qui la présence de la femme au contrat suffit, à elle seule, pour constituer une acceptation tacite suffisante; à l'égard de l'argument d'analogie tiré de l'article 1544, il le repousse en prétendant que, dans ce dernier cas, à la différence de l'espèce actuelle, la présence de la femme s'explique autrement que par un consentement à ce que le mari fait pour elle (V., dans ce sens, Toullier, t. XIII,

n° 364; Zachariæ, t. III, p. 425, n° 47; Odier, t. I, n° 323).

Nous croyons, avec MM. Rodière et Pont, que la seule présence de la femme au contrat d'acquisition ne suffira pas en principe pour opérer l'acceptation; mais nous croyons également avec eux que ce fait ne devra pas toujours rester inefficace dans ce sens. Ainsi, nous avons admis précédemment avec Tropolong, que lorsque la femme, présente au contrat, y appose sa signature, la réunion de ces deux faits peut être considérée comme une acceptation tacite. Les faits, les circonstances pourront prêter à la présence de la femme au contrat une autorité qui lui fait défaut lorsqu'elle se produit seule; les juges du fait seront souverains appréciateurs en cette matière (Cir. rej. 17 août 1813, aff. Bilbocq).

Dans le cas où la femme aura accepté le remploi postérieurement à l'achat fait par le mari, faudra-t-il que cette acceptation soit constatée par un acte authentique? La question est controversée, Duranton se prononce pour l'affirmative (t. XIV, n° 394). La raison qu'il donne, c'est qu'un acte sous seing privé pouvant disparaître facilement, la femme se trouverait, par la force des choses, avoir une option que l'article 1435 lui refuse manifestement. C'est aussi l'avis de M. Odier, t. I, n° 323.

Nous adopterons l'opinion contraire avec MM. Rodière et Pont (t. I, n° 510), tout en admettant avec eux qu'il est plus prudent, dans le cas dont il s'agit, de donner l'acceptation par acte authentique. Les par-

tisans de l'affirmative introduisent dans la loi une exigence qui ne s'y trouve pas; la femme pourra donc accepter par simple acte sous seing privé; mais cet acte ne sera opposable aux tiers que du jour où il aura acquis une date certaine par l'une des circonstances déterminées dans l'article 1328 du code civil.

Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, nous ne pensons pas que la femme ait besoin de l'autorisation de son mari pour faire cette acceptation. Elle s'est trouvée tacitement autorisée à l'avance par le fait même de cette déclaration du mari, qu'il achetait l'immeuble pour être propre à sa femme, si celle-ci voulait l'accepter pour tel.

Dans tous les cas enfin, l'acceptation de la femme doit être pure et simple, sans division ni condition. Cependant, si le mari avait fait plusieurs acquisitions pour remployer un prix unique, il y aurait, dans ce cas, autant de remplois que d'acquisitions, et la femme pourrait alors accepter l'une, repousser l'autre.

La nécessité des déclarations et de l'acceptation subsiste-t-elle, s'il est dit, dans le contrat de mariage, qu'après aliénation d'un propre de la femme, le premier immeuble acheté par le mari tiendrait lieu de remploi ?

Nous croyons que la réponse doit être affirmative; l'effet de la clause est seulement d'obliger le mari à faire les déclarations; le remploi devient obligatoire au lieu d'être facultatif.

La nécessité de l'acceptation ne disparaîtrait même pas, si le contrat de mariage portait que le remploi

aurait lieu de *plein droit* ; car le bon sens dit que, même dans cette hypothèse, le remploi pourrait être tel que la femme eût tout intérêt à ne pas l'accepter (V., dans ce sens, Rodière et Pont (t. I, n° 517); Marcadé, t. V, sur l'article 1497; Zachariæ, t. III, p. 426, et note 50; Bénech, *De l'emploi et du remploi*, n° 35; *contra* Paris, 13 juin 1838 (aff. Villeneuve); Toullier, t. XII, nos 362 et suiv.; Dalloz, *Répert.* t. X, p. 221, n° 42; Rolland de Villargues, *v° Remploi*, nos 66 et suiv.; Odier, t. I, n° 315).

Des effets de l'acceptation.

L'effet immédiat de l'acceptation est d'attribuer à la femme l'immeuble acquis par le mari à titre de remploi. L'immeuble est désormais aux risques de la femme; le mari a libéré la communauté de l'obligation de remploi; si l'immeuble vient à périr, la femme ne peut plus demander aucune récompense à la communauté; mais si l'immeuble augmente de valeur, la femme en profite.

Que doit-on décider relativement à l'acceptation faite *ex intervallo*? Rétroagit-elle au jour de l'acquisition faite par le mari? Sur cette importante question, quatre systèmes, dont deux radicaux et diamétralement opposés et deux mixtes. Nous allons les exposer successivement et donner leurs principaux arguments.

A. Pas d'effet rétroactif. Il y a, dans l'espèce, un double contrat; le tiers vend au mari, le mari vend à la femme. C'est l'acceptation qui crée le nouveau

contrat. Le tiers n'a évidemment pas traité avec la femme; les déclarations de l'article 1435 lui sont étrangères; comme celles de l'article 1434, elles constituent uniquement une offre de revente du mari à la femme. C'est une application, par *a fortiori*, de l'article 1595, 2°. Les conséquences de ce système sont que si le mari, avant l'acceptation, aliène l'immeuble ou des droits réels, c'est une révocation totale ou partielle de l'offre, et ces aliénations sont définitives. Les déclarations de l'article 1435 ne sont pas indispensables, puisque l'acceptation ne lèse pas les tiers. Il y a deux mutations, partant il est dû deux droits à la régie, et il faut deux transcriptions.

En ce sens, Tronchet, au conseil d'Etat (Fenet, t. XIII, p. 563).

B. Le mari agit comme gérant d'affaires; l'acceptation de la femme est une ratification; or, *ratihabito mandato equiparatur*, et le mandant se trouve avoir été représenté complètement par le mandataire.

Il y a deux achats sans une alternative; si la femme ratifie, l'acquisition est pour elle; si elle ne ratifie pas, elle est pour la communauté; le cas est tout différent de celui de l'article 1595, 2°. Ainsi décidaient, dans l'ancien droit, Pothier (*Communauté*, n° 200), et d'Aguesseau (27^e plaidoyer). Dans le système précédent, les deux déclarations de l'article 1435 n'auraient plus de but; aussi est-on conduit à les supprimer, bien que la loi les exige. Les conséquences du second système sont les suivantes: il n'y a qu'une seule vente, partant il n'est dû qu'un droit à la régie, et il ne faut

qu'une transcription. L'acceptation rétroagit; par suite tous les droits concédés par le mari à des tiers s'évanouissent, et les déclarations de l'article 1435 sont absolument nécessaires.

Voyons les deux systèmes mixtes.

a. L'acceptation a un effet rétroactif vis-à-vis du mari et de la femme, mais non vis-à-vis des tiers. Ainsi le mari ne pourrait conserver pour la communauté les augmentations survenues à la chose entre l'acquisition et l'acceptation; de même que la femme acceptante supporte les diminutions survenues dans la même période. Au contraire, l'acceptation sera sans effet vis-à-vis des tiers acquéreurs de l'immeuble ou de droits réels sur l'immeuble (V., dans ce sens, Rodière et Pont, t. I, n^o 544; — Troplong, n^{os} 1435 et 1436).

b. Système de la régie. Le remploi et l'acceptation ne constitueront qu'une seule aliénation, l'acceptation rétroagissant pourvu qu'elle ne soit pas faite *in futurum*; si elle est faite *in futurum*, il y faudra voir deux aliénations, et il sera dû deux droits de mutation (Circ. administr. du 24 mars 1857).

De ces divers systèmes, nous croyons que c'est le système mixte (*a*) qui doit être préféré.

Tout ce que nous venons de dire se rapporte au remploi facultatif, mais presque toutes les dispositions dont nous venons de parler se rapportent également au remploi conventionnel. Comme pour le remploi facultatif, les articles 1434 et 1435 servent encore de règle. Même nécessité que dans le remploi facultatif

d'une déclaration d'origine des deniers dans l'acquisition quand il s'agit du mari, même nécessité de cette déclaration avec une acceptation quand il s'agit de la femme.

Cependant, il y a controverse sur ce dernier point. Quelques auteurs n'admettent pas que l'emploi ou le remploi, réservé par le contrat de mariage, soit soumis pour sa validité à l'acceptation de la femme. Ces jurisconsultes, pour soutenir leur opinion, se basent sur ce fait, que le mari trouve dans les termes mêmes du contrat de mariage un mandat exprès qui le constitue *quasi procurator in rem suam mulieris*; ce qui rend tout à fait inutile une nouvelle intervention de la femme (Dans ce sens : MM. Toullier, t. XII, nos 362 et suiv.; Dalloz, Répert., t. X, p. 221, n° 42; Rolland de Vilargue, v° *Remploi*, nos 66 et suiv.; Odier, t. I, n° 315; Paris, 13 juin 1838, aff. Villeneuve).

Nous croyons, au contraire, que l'acceptation de la femme est nécessaire, même dans cette hypothèse. En effet, dans l'espèce, la clause de remploi est stipulée dans l'intérêt exclusif de la femme, et ce serait le tourner contre elle en ne lui permettant pas de s'assurer si l'acquisition a été faite ou non à un prix convenable et de voir si elle serait ou non lésée par son acceptation (Dans ce sens, Rodière et Pont, I, 517; MM. Zacharie, t. III, p. 426, note 50; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 35).

CHAPITRE III.

CAPACITE DE LA FEMME EN MATIÈRE DE CAUTIONNEMENT ; DU CAUTIONNEMENT ENTRE ÉPOUX.

1. M. Troplong (*Traité du cautionnement*, n° 176) s'exprime ainsi : « Quand on remonte aux antiquités du droit romain et du droit français, on trouve une incapacité célèbre en matière de cautionnement : c'est celle de la femme mariée ou non mariée. »

2. C'est le sénatus-consulte Velleïen, rendu sous l'empereur Claude, qui frappa les femmes de cette incapacité. Bien que la femme pût s'obliger principalement pour elle-même, donner, payer même actuellement les dettes d'un autre, on voulut qu'elle ne pût pas s'obliger pour autrui (Ulp., L. 4, § I, D., *Ad senatusc. Velleian.*); cautionner un tiers ou donner une hypothèque pour une dette qui ne serait pas la sienne (L. 1 et 2, D. *Ad senatusc. Velleian.*). Déjà des édits antérieurs leur avaient interdit de cautionner leurs maris (V. L. 2, D., *Ad senatusc. Velleian.*), un tel cautionnement étant regardé à Rome comme contraire à la puissance et à la dignité maritales.

3. — Quel fut le but, quelle fut la pensée première du sénatus-consulte de Claude? Cette pensée, à son origine, paraît avoir été toute politique, et pour cela il nous suffit de jeter un coup d'œil sur le texte du célèbre document : « *Quod Marcus Silanius et Vellejus*

Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis recte fierent, quid de eâ re fieri oportet, de eâ re ita consuluerunt. Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur; cum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos, ad quos de eâ re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in eâ re senatus voluntas servetur.

On le voit, le but du sénatus-consulte paraît être de résister à l'entraînement des mœurs, qui affranchissait les femmes de leur antique dépendance; la femme ne doit pas remplir des offices civils; de même qu'elle ne peut rendre des jugements, exercer une magistrature, postuler, défendre, de même elle ne peut intervenir pour autrui, parce qu'une telle intervention est périlleuse, et la fait sortir du rôle que la nature lui assigne. Il est à remarquer, du reste, que le sénatus-consulte Velléien n'est pas une disposition isolée; il paraît se rattacher à une série de lois plus anciennes, toutes ayant pour but de lutter contre l'entraînement des mœurs et de ramener les femmes à leur ancienne dépendance. Parmi ces dispositions législatives, on peut citer la loi *Julia*, qui défendait à la femme de consentir à l'hypothèque de son fonds dotal, quoiqu'elle pût donner à son mari le consentement de l'aliéner (Just., *Quibus alienare licet*). Nous avons dit précédemment qu'antérieurement au sénatus-consulte Velléien, deux édits d'Auguste et de

Claude avaient interdit aux femmes de cautionner leurs maris : *ne femince pro viris suis intercederent*.

4. — Telle fut, sous Claude, la pensée politique qui avait dicté le sénatus-consulte ; mais cette pensée fut ensuite méconnue. On mit sur le compte de l'incapacité de la femme, sur la légèreté qui l'empêche de comprendre les conséquences souvent désastreuses d'un cautionnement, une défense que le législateur avait fondée sur l'inaptitude de la femme à intervenir dans les offices civils. La femme, disait-on, est portée à l'avarice ; elle ne se dépouille pas facilement. A l'égard des libéralités qui entraînent un dessaisissement actuel, elle saura bien se défendre elle-même ; mais il n'en sera pas de même quand il s'agira d'engagements incertains et éloignés, alors son imprévoyance, sa faiblesse d'esprit (*propter sexûs imbecillitatem* (Ulp., l. 2, § 1, D., *Ad senatusc. Vell.*) l'emporteront sur son esprit de conservation : *Facilius se obligat mulier quàm alicui donat.* (Ulp., l. 4, *Ad senatusc. Vell.*). C'est contre ce danger qu'il était nécessaire de la prémunir par une protection spéciale.

5. — C'est sous cet aspect que le sénatus-consulte Velléen apparut à Justinien ; confiant dans l'intelligence et la capacité des femmes, il leur permit de confirmer, après deux années, le cautionnement ou l'hypothèque qu'elles auraient données. L'intercession des femmes fut donc autorisée en règle générale, moyennant certaines conditions ; mais il leur fut interdit, toutefois, de se porter caution de leurs maris. La ratification des engagements hypothécaires ou fidé-

jussoires, par elles pris en faveur de ceux-ci, était nulle, à moins que les obligations principales qu'elles avaient garanties n'eussent tourné à leur profit (Auth., *si qua mulier* ; L. 22, C. ; *Adsenatusc. Velleian.* ; Novel. 134., C. 8).

6. — Le sénatus-consulte Velléien passa du droit romain dans l'ancien droit français. Mais vers le seizième siècle, comme on le considérait comme une faveur personnelle, la femme fut admise à renoncer au bénéfice qu'il lui accordait (Coquille, *Instit. du droit français, Traité des contrats*). Dans le principe, cette renonciation devait être faite avec solennité ; sous peine de nullité, la femme devait être avertie spécialement de l'effet du sénatus-consulte, et l'avertissement rapporté en termes exprès par le notaire. Mais, peu à peu, cette renonciation devint une clause de style, et se transforma en une vaine formule qu'on insérait dans tous les actes. Henri IV, par un édit de 1606, prononça l'abolition du Velléien, qui, néanmoins, survécut dans quelques provinces, notamment en Normandie, où l'édit ne fut pas enregistré (Poth., *Obligations*, n° 389).

7. — L'existence du sénatus-consulte Velléien en Normandie, alors qu'il n'existait plus dans la plupart des autres provinces, faisait naître assez fréquemment de graves questions de statut. On se demandait si la femme normande qui cautionne à Paris s'oblige ? Que doit-on décider dans le cas où, sans s'obliger personnellement, elle hypothèque ses biens situés en Normandie, pour la dette d'autrui ? *Quid juris* dans le

cas où une Parisienne, qui a des biens situés en Normandie, veut les hypothéquer pour des dettes qui ne sont pas les siennes ?

8. — De pareilles difficultés ne peuvent aujourd'hui surgir que dans le cas où l'hypothèque ou le cautionnement d'une femme mettrait en jeu la loi nationale d'un pays étranger, encore attaché au sénatus-consulte Velléien (en Bavière, par exemple). Notre code civil a aboli le sénatus-consulte Velléien d'une manière complète. Les filles et les veuves majeures sont capables de tous les contrats, aux termes des articles 1123 et 1124. D'autre part, les femmes mariées peuvent contracter et cautionner, en général, avec l'autorisation de leur mari (art. 217). Et il est à remarquer qu'entre le cautionnement donné par une femme ou fille sous le sénatus-consulte Velléien, et celui fourni par une femme mariée et non autorisée sous le code civil, il y a cette différence importante, c'est que, dans le dernier cas, la nullité n'est que relative ; tandis que, dans le premier, elle était absolue et fondée sur des idées d'ordre public, qui n'ont plus leur raison d'être aujourd'hui.

QUESTIONS ET POSITIONS:

DROIT ROMAIN.

- I. Un prix en argent est, en règle générale, une condition essentielle du contrat de vente.
 - II. L'action *præscriptis verbis* dérive nécessairement *ex contractu*.
 - III. Le vendeur, en principe, n'est point tenu de transférer la propriété de la chose à l'acheteur.
 - IV. La règle *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest* est rationnelle.
 - V. Le mariage romain était parfait *solo consensu*.
-

DROIT COUTUMIER.

- I. La communauté entre époux est une conséquence de la main-bournie.
- II. En matière de saisine, les auteurs de notre code civil ont reproduit l'ancienne théorie coutumière.
- III. Dans notre ancien droit français on n'admettait pas l'exception *non numeratæ pecuniæ*,

IV. Le droit coutumier n'admettait pas la rescision de la vente en matière mobilière.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

- I. La transaction est-elle permise entre époux? Non.
- II. Les époux pouvaient-ils pendant le mariage former une société universelle de biens présents? Oui.
- III. Les contrats entre époux ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.
- IV. La justice ne peut, à défaut du mari, autoriser la femme à compromettre.
- V. L'article 217 du code civil est restrictif et non pas simplement énonciatif.
- VI. L'antichrèse est un droit réel.
- VII. Le mari, sous le régime de la communauté, peut faire valablement, avec le consentement de la femme, donation d'un immeuble commun.
- VIII. En matière d'usufruit, le nu-proprétaire peut-il être obligé à faire les grosses réparations? Oui.

DROIT CRIMINEL.

- I. Le complice est passible de l'aggravation de peine encourue par l'auteur principal à raison d'une qualité spéciale à celui-ci, exerçant une influence sur la nature même du crime.
- II. Un contumax est-il en état d'interdiction légale? Non.
- III. Les héritiers ne peuvent intenter l'action criminelle

dans le cas de diffamation envers la mémoire de leur auteur.

IV. Le condamné à la déportation dans une enceinte fortifiée qui aura tenté de s'évader ne pourra pas être condamné à une peine plus forte, et sera simplement réintégré dans le lieu dont il s'était échappé.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les chemins ruraux sont prescriptibles.

II. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, le bail est pour le locataire une condition du droit à l'indemnité.

III. L'établissement d'un cimetière à proximité de votre propriété, sans l'atteindre, donne lieu à indemnité, à raison de la servitude dont vous êtes frappé.

PROCÉDURE CIVILE.

I. La réintégration, pour être exercée, n'exige pas, comme la plainte, la possession d'an et jour.

II. La signification à partie ne fait pas courir le délai de l'appel, quand elle n'a pas été précédée de la signification à avoué.

III. Tous autres que la partie saisie peuvent proposer en appel des moyens différents de ceux qui ont été présentés en première instance.

DROIT COMMERCIAL.

I. Des commerçants donnent et reçoivent des ordres par le télégraphe; une erreur se produit dans la transmission d'une dépêche et occasionne un désastre à l'un d'eux : qui doit supporter les conséquences de cette erreur télégraphique? Celui qui a donné l'ordre.

II. La femme peut être l'associée du mari commerçant.

III. Un commerçant ne peut pas, en principe, être déclaré en état de faillite après son décès.

Vu par le président de la Thèse,

A. RODIÈRE.

Vu par le Doyen,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

GUIRAUDET.

TABLE DES MATIÈRES.

PRÉFACE.	1
------------------	---

PREMIÈRE PARTIE.

De l'échange en droit romain.

PRÉLIMINAIRES.	5
CHAPITRE I ^{er} . — De l'échange en droit romain. Notions historiques sur les contrats innomés.	7
CHAP. II. — De la nature et des effets de l'échange.	26
CHAP. III. — Comparaison de la vente et de l'échange.	29

DEUXIÈME PARTIE.

Des contrats à titre onéreux entre époux.

PRÉFACE.	35
PREMIÈRE PARTIE. — Des contrats à titre onéreux entre époux dans le droit français des coutumes.	39
DEUXIÈME PARTIE. — Des contrats à titre onéreux entre époux sous l'empire de notre code civil.	
Préliminaires.	45
CHAPITRE I ^{er} . — Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.	47

CHAP. II. — Des contrats à titre onéreux entre époux. 57
CHAP. III. — De la vente entre époux (art. 1595, 3^o). 91

APPENDICE.

CHAPITRE I^{er}. — Etude sur l'hypothèse de l'article 1407. 113
CHAP. II. — De l'emploi et du remploi entre époux. 128
CHAP. III. — Capacité de la femme en matière de cautionnement;
du cautionnement entre époux. 144

