Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement a leurs biens.
Tome premier.

Table des matières contenues dans ce volume.

Pages		Numéros
1	Introduction historique	1
3	1. – De la condition des époux sous la législation romaine	4 à 13
8	2. – Des usages matrimoniaux des Gaulois et des Germains	14 à 17
12	3. – Des régimes matrimoniaux suivis dans l'ancienne France jusqu'au Code civil	18 à 26
17	4. – Droit nouveau	27 à 30
	Chapitre premier	
21	Dispositions générales	31
22	Sect. 1re. – Du régime auquel sont soumis les époux qui ne font pas de contrat de mariage	32 à 34
24	Sect. II. – Des conditions intrinsèques requises pour la validité du contrat de mariage	35 à 48
32	Sect. III. – Des conventions autorisées dans les contrats de mariage et celles qui y sont défendues	49 à 76
51	Sect. IV. – Des divers régimes que les époux peuvent embrasser ; de leur durée et de leurs combinaisons	77 à 86
61	Sect. V. – Des effets de constitutions de dot vis-à-vis des constituants	87
63	1. – De l'étendue de la constitution	88 à 102
70	2. – De la garantie de la dot et des intérêts de la dot promise	103 à 119
77	3. – Du rapport de la dot	120 à 126
81	Sect. VI. – Des conditions intrinsèques exigées pour la validité des conventions matrimoniales, et de l'immutabilité de ces conventions	127 à 134
88	Sect. VII. – Des changements et contre – lettres	135 à 148
99	Sect. VIII. – De la publication des contrats de mariage	149 à 152
101	Sect. IX. – De la caducité du contrat de mariage et de sa nullité	153 à 159
104	Sect. X. – Des effets de l'annulation du mariage, ou de la ratification du mariage nul par rapport au contrat	160 à 162
105	Sect. XI. – De la loi qui régit l'association conjugale	163 à 167

108	Sect. XII. – Des contrats de mariage passés en pays étrangers	168 à 175
113	Sect. XIII. – Des droits d'enregistrement dans leurs rapports avec le contrat de mariage	176
113	1. – Observations préliminaires	176 à 190
127	2. – Des conventions relatives aux apports faits par les époux eux – mêmes	191 à 221
142	3. – Des contrats de mariage dans lesquels des avantages ont été stipulés, soit pour les époux entre eux, soit en leur faveur par des tiers	222
142	Art 1er. – Donations entre époux	223 à 237
150	Art. 2. – Conventions et donations auxquelles des tiers sont parties	238 à 264
173	4. – Des changements et résiliements	265 à 271
174	5. – Des règles de perception	272 à 283
	Chapitre II	
	Du régime en communauté	
179	Observations préliminaires	284 à 298
	Première partie	
	De la communauté légale	
201	Sect. 1re. – De ce que compose la communauté activement et passivement	299 à 306
208	1er. – De l'actif de la communauté	307
209	Art. 1er. – Des biens qui tombent dans la communauté	308
213	N° 1er. – Des meubles	309 à 371
288	N° 2. – Des fruits et revenus	372 à 400
320	N° 3. – Conquêts immeubles	401 à 425
343	Art. 2. – Des biens propres des époux	426
344	N° 1er. – Des propres mobiliers	427 à 437
354	N° 2. – Des propres immobiliers	438
355	Distinction première. – Propres immobiliers résultant d'un droit de possession ou de propriété existant au moment du mariage	439 à 451
374	Distinction seconde. – Propres immobiliers résultant d'acquisitions à titre lucratif faites pendant le mariage. – Alluvions. – Successions immobilières. – Donations d'immeubles	452 à 474
401	Distinction troisième. – Propres immobiliers résultant de certaines acquisitions faites à titre onéreux durant la communauté. – Réunion de parts indivises. – Echange. -	475 à 522

	Remplois	
472	2. – Du passif de la communauté	523 à 525
473	Art. 1er. – Dettes des époux antérieures au mariage	526 à 550
498	Art. 2. – Dettes des successions et des donations	551 à 555
502	N° 1er. – Quelles sont les dettes des successions dont la communauté est grevée par rapport aux époux entre eux	556 à 571
517	N° 2. – Actions des créanciers par rapport aux dettes de successions	572 à 583
527	Art. 3. – Des dettes contractées par les époux pendant le mariage	584
528	N° 1er. – Dettes contractées par la femme	585 à 622
571	N° 2. – Dettes contractées par le mari	623 à 635
585	Art. 4. – Des arrérages et intérêts des rentes ou des dettes personnelles, des réparations usufructuaires et des autres charges du mariage	636 à 649
591	Sect. II. – Administration de la communauté et des biens personnels des époux	650 à 653
592	1er. – Administration de la communauté	654 à 671
609	2. – Administration des biens personnels des époux	672 à 703
631	3. – Des récompenses	704
631	Art. 1er. – Récompenses dues par la communauté au époux	705 à 719
645	Art. 2. – Récompenses dues à la communauté par les époux	720 à 729
651	Art. 3. – Récompense due à l'un des époux à l'autre	730 à 734
655	4. – Administration de la communauté en cas d'absence de l'un des époux	735 à 750
669	Sect. III. – De la dissolution de la communauté et de quelques – unes de ses suites	751 à 754
672	1er. – Dissolution de la communauté par la mort naturelle ou civile	755 à 773
694	2. – Dissolution provisoire ou définitive de la communauté par l'effet de l'absence	774 à 785
702	Sect. 4. – Détermination des droits des époux après la dissolution	786 à 797
708	1er. – De l'acceptation de la communauté et de ses suites	798
709	Art. 1er. – De l'acceptation de la communauté et des conditions y relatives	799 à 821

727	Art. 2. – Des suites de l'acceptation, et spécialement du partage de la communauté	822
723	N° 1er. – Partage de l'actif, et opérations préliminaires au partage	823 à 843
746	N° 2. – Du passif ; de la contribution aux dettes	846 à 866
757	2. – De la renonciation à la communauté ; des conditions y relatives, et de ses effets	867 à 897
770	Sect. V. – Disposition communes aux quatre sections précédentes	898

15,051

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MARIAGE

ET

DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX

RELATIVEMENT A LEURS BIENS.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

CET OUVRAGE SE TROUVE AUSSI :

A	CHEZ
AIX	AUBIN.
	MAKAIRE ET DELEUIL.
CAEN	MANOURY.
	Ve CLÉRISSE.
DIJON	LAMARCHE ET DROUELLE.
	DECAILLY.
GRENOBLE	VELLOT ET Cie.
POITIERS	PICHOT.
RENNES	VERDIER.
	DENIELL.
ROUEN	LEBRUMENT.
	ÉDET.
STRASBOURG	TREUTTEL ET WURTZ.
	LAGIER.
TOULOUSE	GIMET.
	DELBOY.
	JOUGLA.
LYON	GUILBERT ET DORIER.
MARSEILLE	TERRIS FRÈRES.
BORDEAUX	FERET.
BRUXELLES	A. DECQ.
LIÉGE	DESOER.
	PHILIPPART.
GAND	HOSTE.

Imprimerie Dondey-Dupré, rue Saint-Louis, 46, au Marais.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MARIAGE

ET

DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX,

RELATIVEMENT A LEURS BIENS,

OUVRAGE CONTENANT EN OUTRE L'EXAMEN DU DROIT D'ENREGISTREMENT DANS SES RAPPORTS AVEC LES CONVENTIONS MATRIMONIALES.

PAR MM.

A. RODIÈRE,
Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse.

P. PONT,
Docteur en droit, Avocat à la Cour royale de Paris.

TOME PREMIER.

INTRODUCTION HISTORIQUE. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES. — COMMUNAUTÉ LÉGALE.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

PARIS.
LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE COTILLON,
RUE DES GRÉS, 16.

1847.

TRAITÉ

DU CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX

DÉTAILLÉMENT ET PAR ARTICLES

A. RODIÈRE,

Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

P. PONT,

Docteur en droit, ancien professeur suppléant à la Faculté de droit de Toulouse.

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE COTILLON.

1872.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MARIAGE

OU

DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX

RELATIVEMENT A LEURS BIENS.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

Sommaire.

1. Importance du contrat de mariage, et en quoi ce contrat diffère de l'acte de mariage.
2. Nécessité de lois qui règlent les droits respectifs des époux relativement à leurs biens.
3. Utilité de connaître l'origine historique de ces lois.

§ 1er. — *De la condition des époux sous la législation romaine.*

4. Le droit romain fut toujours plus favorable au mari qu'à la femme.
5. État des femmes qui étaient *in manu*.
6. La *manus* tomba bientôt en désuétude.
7. Des biens des femmes qui n'étaient pas *in manu*.
8. Restrictions apportées par la loi *Julia* aux droits du mari sur les biens dotaux.
9. L'ancien droit romain favorisait trop les répudiations.
10. Modifications apportées à ce droit par la donation *ante nuptias*.
11. Insuffisance de cette donation pour protéger la femme.
12. Droit de Justinien.
13. La séparation des patrimoines des époux se combinait bien avec le divorce.

§ 2. — *Des usages matrimoniaux des Gaulois et des Germains.*

14. La femme était mieux traitée chez ces peuples que chez les Romains. Raisons de ce fait.
15. Des usages des Gaulois.

16. Des usages des Germains. De la dot et du *Morgengabe*.
17. Des droits de la femme germaine, en cas de répudiation ou de survie.

§ 3. — *Des régimes matrimoniaux suivis dans l'ancienne France.*

18. Division du territoire, sous le rapport des régimes.
19. Régime des pays de droit écrit et de l'Auvergne. De l'augment de dot, du contre-augment et de la quarte pauvre.
20. Régime des pays coutumiers.
21. Premiers développements du régime de la communauté.
22. Suite.
23. Assises de Jérusalem.
24. Des douaires légaux et de leur quotité.
25. De la renonciation à la communauté.
26. Système dotal suivi en Normandie, et ses causes.

§ 4. — *Droit nouveau.*

27. La loi du 17 nivôse an II abolit les douaires, les augments et contre-augments et la quarte pauvre.
28. Lutte qui s'éleva, lors de la rédaction du Code civil, entre les partisans du régime dotal et ceux de la communauté.
29. La préférence fut accordée à ce dernier régime. — Raisons de cela.
30. Division du traité.

1. Parmi les divers contrats dont l'importance a appelé d'une manière spéciale l'attention du législateur, il en est un qui plane au-dessus des autres, parce qu'il sert de fondement à la famille, et par cela même à la société, dont il remplace continuellement les branches mortes ou desséchées par des rejetons pleins de sève. L'origine de ce contrat remonte aux premiers jours de la création, et les liens qu'il consacre ne cesseront de se former que lorsque le monde touchera lui-même à sa dernière heure.

Enrichir la terre de nouveaux habitants et concilier les lois de la nature avec les besoins de la société, tel est le premier objet de ce contrat auguste. Associer les joies de deux êtres que la Providence appelle à s'unir par de mystérieux attraits et de douces sympathies, alléger leurs douleurs en procurant à chacun, dans les soins empressés de l'autre, les plus douces et les plus touchantes consolations, voilà son but secondaire, non moins intéressant que le premier.

Les législateurs humains contrarieraient ces vues providentielles et méconnaîtraient leur mission, s'ils n'encourageaient de tout leur pouvoir des unions aussi respectables. Aussi, autour du mariage viennent se grouper une multitude de conventions accessoires que la loi sanctionne et protége, par cela même

qu'elles peuvent amener un résultat si désiré. L'acte qui contient ces conventions est appelé en droit français *contrat de mariage*, parce qu'il s'identifie avec le mariage qu'il précède et dans lequel il puise sa vie : c'est de ce contrat civil, et non point du mariage lui-même, dont le monument solennel est plus communément désigné sous le nom d'*acte de mariage*, que nous nous proposons de traiter.

2. On sent dès l'abord que les parties ne peuvent jamais tracer d'une manière complète toutes les règles qui doivent régir leur union, et que bien des cas doivent échapper à leurs prévisions. C'est alors dans la loi elle-même que la règle doit se trouver.

3. Avant d'entrer dans l'examen des principes posés à cet égard dans le Code civil, il ne sera pas inutile d'en rechercher en peu de mots l'origine historique. C'est le moyen d'en bien saisir l'esprit, et de résoudre avec plus de confiance les difficultés nombreuses et souvent ardues que présente cette matière importante.

La nation française s'est formée, comme on sait, du mélange des races romaine et gallo-romaine avec les races germaniques. Il convient donc, pour présenter un exposé complet, d'étudier la condition des époux, d'abord sous la législation romaine, puis chez les Gaulois et les Germains, puis enfin dans l'ancienne France jusqu'à la révolution, et depuis la révolution jusqu'au Code civil. Ce sera le sujet d'autant de paragraphes.

§ 1. — De la condition des époux sous la législation romaine.

4. L'un des traits les plus saillants du caractère des anciens Romains, trait qui, parfois affaibli, se retrouve pourtant à toutes les époques de leur histoire, c'est une cupidité insatiable, jointe à une grande avarice. Ces républicains austères qu'on propose ordinairement à l'admiration du jeune âge comme les types du grand citoyen, les Brutus, les Caton, c'étaient des hommes qui cherchaient toujours à acquérir, mais qui ne savaient guère ce que c'était que donner. On devine aisément que chez un pareil peuple le droit qui régissait les mariages devait être tout à l'avantage du sexe le plus fort.

5. Dans les premiers temps, en effet, il est vraisemblable que toutes les femmes, par le seul fait du mariage, tombaient au pouvoir du mari, *in manu*, et l'on sait quelle était la condition des femmes qui se trouvaient dans cet état. Tout ce qu'elles pos-

sédaient au jour du mariage ou qu'elles pouvaient acquérir par la suite appartenait au mari, qui pouvait en disposer, même par testament, aussi librement que de ses autres biens (1). A la mort seulement du mari décédé intestat, la femme prenait dans la succession la même part qu'y prenaient chacun des fils ou des filles non émancipés (2), c'est-à-dire que son droit de succession diminuait à mesure qu'elle donnait plus d'enfants à son mari et de citoyens à l'État, ce qui était bien peu raisonnable.

6. Cette législation si rigoureuse pour la femme ne pouvait pas se maintenir longtemps dans toute sa rigueur. Aussi admit-on de bonne heure (3) que le mariage n'entraînait pas par lui-même la sujétion de la femme, et qu'il n'avait ce résultat que lorsqu'il était contracté par confarréation ou coemption ou que la femme avait été usucapée, c'est-à-dire qu'elle était restée un an dans la maison de son mari, sans avoir interrompu l'usucapion en découchant pendant trois nuits (4).

7. Les mariages sans *manus* durent, nous le supposons, être recherchés principalement par les filles patriciennes qui s'unissaient à des plébéiens, et qui, même quand elles ne suivaient que l'élan de leur cœur, devaient pourtant chercher à retenir quelque chose des avantages de leur caste (5).

Quoi qu'il en soit, quand la femme ne tombait pas *in manu*, son patrimoine ne se confondait plus avec celui du mari.

(1) Si cui hæredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, sive cujus bona emerimus, sive quem adrogaverimus, *sive quam in manum ut uxorem receperimus*, ejus res ad nos transeunt (Gaius, 2, Inst., 98).

Adquiritur nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate, *manu*, mancipiove habemus (*Ibid.*, 86).

(2) Sororis loco est etiam mater aut noverca, quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiæ consecuta est (Gaius, 3, Inst., 14).

(3) Rien, même dans les fragments des jurisconsultes romains qui nous sont parvenus, n'indique qu'à aucune époque la *manus* ait été la conséquence inévitable du mariage; mais la conjecture que nous formons nous semble conforme à l'esprit du premier droit romain et à l'uniformité des règles qu'on rencontre toujours chez les peuples primitifs.

(4) Olim tribus modis (feminæ) in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione. — Usu in manum conveniebat, quæ anno continuo nupta perseverabat... Itaque lege XII Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet (Gaius, 1, Inst., 110 et 111).

(5) Dans les premiers temps, les plébéiens ne pouvaient s'unir par mariage avec des familles patriciennes. Mais cet ancien droit fut changé peu de temps après la loi des XII Tables (Hugo, *Histoire du droit romain*, §§ 54 et 194).

Les biens de la femme étaient alors des deux espèces, les biens dotaux et les biens extra-dotaux ou paraphernaux.

La femme eut dès l'origine et conserva toujours la libre disposition des biens paraphernaux.

Au contraire, quant aux biens dotaux, qui embrassaient tous ceux que la femme s'était constitués, ou qui avaient été donnés en son nom au mari pour le support des charges du mariage, le mari, dans le principe, y acquérait des droits tellement étendus que ceux de la femme semblaient entièrement éclipsés. En effet, non-seulement le mari avait la libre jouissance de ces biens durant le mariage, mais encore, le mariage dissous, il n'était obligé de les restituer que dans des cas exceptionnels (1).

On serait même porté à croire que, dans le cas où la dot devait être restituée par le mari, la femme ou ses représentants n'avaient, dans l'origine, pour obtenir cette restitution, qu'une action personnelle, et qu'ils ne pouvaient pas exercer de revendication des biens dotaux contre les tiers détenteurs. Si la loi *Julia, De fundo dotali*, défendit, en effet, au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, c'est sans doute parce qu'auparavant il pouvait le faire de sa seule autorité.

Qu'on ajoute à cela la latitude illimitée qu'avait le mari de répudier sa femme, et l'on sera justement effrayé de la position déplorable où se trouvaient placées les femmes romaines qui n'avaient pas de biens paraphernaux considérables. Repoussées outrageusement du lit conjugal, elles pouvaient encore n'avoir pour la répétition de leur dot qu'une action illusoire.

8. Pour obliger les maîtres du monde à changer des règles aussi injustes, il fallut que la diminution effrayante de la population engageât les empereurs à prendre des mesures susceptibles d'arrêter un mal qui menaçait de ruiner l'empire. La loi *Julia*, dont nous venons de parler, défendit alors au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, et de l'hypothéquer même avec ce consentement, afin que la femme répudiée ou qui survivait à son mari trouvât dans sa dot les moyens de se marier de nouveau. C'est la raison que donne Paul en termes exprès dans la l. 2, au Digeste, *De jure dotium* : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (2). »

(1) Les cas fort nombreux dans lesquels le mari gagnait tout ou partie de la dot, soit adventice, soit même profectice, sont indiqués dans le tit. VI, § 4 et suiv., des Règles d'Ulpien.

(2) Pomponius, dans la l. 1, au Digeste, *Soluto matrimonio*, dit aussi :

Jusque-là encore nous ne voyons dans la législation romaine que quelques précautions prises pour la conservation de la dot de la femme, précautions même, à bien des égards, insuffisantes.

9. Est-ce assez pourtant que la femme qui s'est dévouée aux soins du ménage, qui a sacrifié sa jeunesse et sa beauté aux douleurs et aux soins de la maternité, reprenne simplement la dot qu'elle a apportée au mari, et dont les revenus ont pu enrichir ce dernier? Non, sans doute. L'équité dit clairement qu'à la dissolution du mariage la femme doit trouver, autant que possible, dans une augmentation de fortune, un équivalent de ses soins et de ses sacrifices, et que la loi ne doit pas, à cet égard, s'en remettre à la reconnaissance des maris, quelquefois peu justes, et plus souvent imprévoyants.

Dans les plus beaux temps de la jurisprudence romaine pourtant, et jusqu'aux empereurs chrétiens, le droit romain n'arriva jamais à une idée aussi équitable. Dans le cas même où la femme était injustement répudiée, le mari n'était soumis à une peine que lorsqu'il avait violé la foi conjugale, et cette peine même était fort légère (1). L'inconstance des maris ne rencontrait ainsi dans la loi qu'une barrière impuissante, tandis que la femme qui divorçait sans motif perdait une partie notable de sa dot (2).

10. Les empereurs chrétiens devaient nécessairement apporter quelques modifications à une législation aussi partiale. Ils n'osèrent pourtant jamais abroger l'ancien principe, qui laissait à chacun des époux la faculté illimitée de divorcer. Mais ils eurent du moins le mérite de favoriser et de sanctionner un usage que les mœurs chrétiennes avaient évidemment introduit, et qui procurait aux femmes une sorte de sauvegarde contre les répudia-

« Dotium *causa* semper et *ubique* præcipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas *ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem*, maxime sit necessarium. »

(1) « Mariti mores puniuntur, dit Ulpien, in ea quidem dote quæ a die reddi debet, ita : propter majores mores præsentem reddit; propter minores, senum mensum die. In ea autem quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quæ triennio redditur, repræsentatio facit » (Règles d'Ulpien, tit. VI, § 13).

Par *majores mores*, on entendait l'adultère; par *minores mores*, toute infidélité moins grave.

(2) Le mari retenait un sixième de la dot par chaque enfant, sans qu'il pût jamais, cependant, retenir plus de moitié (v. Ulpien, *loc. cit.*, § 10).

Constantin fit perdre plus tard toute la dot à la femme qui divorçait sans motif (l. 1, C. Theod., *De rep.*).

tions injustes; nous voulons parler des donations *ante nuptias*.

Un jurisconsulte allemand, M. Franke, dans une dissertation intéressante (1), a mis, suivant nous, parfaitement en lumière le but principal de cette donation, qui servait de pendant à la dot, et que le mari donnait à la femme, comme la femme donnait la dot au mari. Ce but était d'effrayer, par une peine pécuniaire, les maris trop portés à répudier leurs femmes. Les mêmes causes, en effet, qui faisaient gagner tout ou partie de la dot au mari, faisaient gagner à la femme tout ou partie de la donation anté-nuptiale. Pour le divorce en particulier, de même que la femme qui divorçait injustement perdait, depuis la constitution de Constantin précédemment citée, son entière dot, qui restait définitivement au mari, de même le mari qui répudiait sa femme sans juste cause devait lui payer l'entier montant de la donation anté-nuptiale (2).

11. La donation anté-nuptiale laissait pourtant les biens des époux parfaitement distincts, et le mari ou ses héritiers continuaient toujours de profiter exclusivement de l'accroissement de fortune que les revenus de la dot ou les travaux de la femme devaient naturellement amener.

12. Justinien, appelé à juste titre le législateur favorable aux femmes, *uxorius legislator*, améliora encore leur condition pour les cas de répudiation ou de survie. Il attribua, en effet, dans certains cas, à la femme une partie des biens ou de l'hérédité de son mari.

D'abord, par sa Novelle 22, chap. 18, il disposa que la femme à qui il n'avait pas été fait de *donatio propter nuptias*, et qui serait répudiée sans cause, gagnerait un quart de la fortune du mari, sans pouvoir obtenir pourtant plus de cent livres d'or. Puis, par ses Novelles 53, chap. 6, et 117, chap. 5, il accorda pareillement à la femme pauvre et non dotée qui survivait à son mari le quart en propriété des biens de celui-ci s'il n'y avait pas d'enfants, et le quart en usufruit des mêmes biens s'il y avait des enfants, ou une portion virile, également en usufruit, si le nombre des enfants dépassait trois. C'est ce quart qui, dans nos anciens pays de droit écrit, fut appelé la *quarte pauvre*.

Tel fut l'apogée, pour ainsi dire, des avantages accordés aux femmes par le droit romain ou byzantin. Mais Justinien lui-

(1) On trouve une analyse de cette dissertation dans la *Revue de législation*, t. XIX, p. 473. Cette analyse est due à un jeune professeur prématurément enlevé à la science, M. D'Hauthuille.

(2) L. 2, C. Theod., *De repudiis*.

même ne posa jamais en principe que la femme devait obtenir, dans tous les cas, une portion des biens acquis par le mari durant le mariage.

La communauté de biens entre époux, dont la participation de la femme aux acquêts forme un des caractères essentiels, ne fut donc jamais usitée chez les Romains. Elle pouvait sans doute être stipulée; mais cette stipulation devait être bien rare, puisque ni la loi ni les préteurs ne s'occupèrent jamais d'en déterminer les effets, et qu'elle restait soumise, quand par hasard elle venait à se produire, aux règles ordinaires des sociétés (1).

13. Le système dotal se combinait du reste bien mieux avec la facilité de divorcer. Quels embarras n'eût pas entraînés une communauté de biens pour ces hommes et ces femmes qui comptaient souvent leurs mariages par le nombre des consuls! Malgré la belle définition de Modestin (2), le mariage romain, avec le droit illimité qu'avait chacun des époux de divorcer, n'était le plus souvent qu'une union passagère. La femme était ainsi sous le toit du mari comme un hôte qui peut, à chaque instant, se retirer ou être congédié, qui ne prend dès lors que peu d'intérêt aux affaires de la maison qu'il habite, et qui retient seulement sous sa main tout ce qu'il a apporté, pour être prêt à chaque instant à transporter ailleurs ses pénates.

Un semblable régime a sans doute l'avantage de la simplicité; mais, si la simplicité d'une institution était à elle seule un motif déterminant de préférence, l'état despotique serait le beau idéal des gouvernements.

Laissons donc le vieux droit de Rome, pour aller rechercher chez d'autres peuples les premières origines d'un régime matrimonial *plus compliqué*, *il* est vrai, mais plus en harmonie avec *la* communauté d'existence et l'indivisibilité d'intérêts que le *mariage doit naturellement* engendrer.

§ 2. — Du régime matrimonial des Gaulois et des Germains.

14. Il ne paraît pas qu'aucun peuple païen ait jamais com-

(1) V. l. 16, § 3, D., *De alimentis vel cibariis legatis*.

C'est sur cette loi que quelques jurisconsultes se sont basés pour soutenir cet étrange paradoxe, que la communauté pouvait bien nous venir aussi du droit romain (v. notamment Bouhier, *sur la coutume de Bourgogne*, t. I, p. 173, et Laurière, dans son *Commentaire sur la coutume de Paris*).

(2) Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ : divini et humani juris communicatio (l. 1, D., *De rit. nupt.*).

pris toute la sainteté du mariage, et en ait proclamé dans ses lois l'indissolubilité. Chez les Gaulois donc et chez les Germains, le divorce était permis; mais tout porte à croire que les exemples en étaient rares.

Dans les climats froids, les femmes, conservant plus longtemps leur beauté, prolongent par là même la durée de leur empire sur le cœur de leurs maris, qui, de leur côté, ont généralement des passions moins ardentes que les habitants des contrées méridionales (1). On comprend dès lors que les mariages doivent y offrir moins de chances de rupture. D'un autre côté, la femme chez les Germains fut toujours l'objet d'une sorte de culte poétique, qui favorisait singulièrement son influence dans le sein de la famille (2). Les Gaulois enfin et les Germains, qui ressemblent tant aux Romains par leur bravoure, étaient loin d'avoir le même penchant à l'avarice, et se distinguaient plutôt par la générosité (3).

Ces circonstances devaient naturellement faire éclore un régime matrimonial plus favorable à la femme.

15. Chez les Gaulois déjà, l'on aperçoit comme les premiers linéaments du régime de la communauté. En effet, le mari gaulois, d'après un passage de César, versait dans une sorte de fonds commun une somme égale à la dot de la femme, et ce fonds, accru des revenus, appartenait en totalité au survivant des époux (4).

Cet usage procurait aux veuves gauloises plus d'avantage que la donation anté-nuptiale n'en procurait aux dames romaines,

(1) V. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XVI, ch. 2.

(2) Inesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant, nec aut consilia earum adspernantur, aut responsa negligunt. Vidimus sub Divo Vespasiano Veledam diu apud plerosque numinis loco habitam. Sed et olim Auriniam et complures alias venerati sunt, non adulatione, nec tanquam facerent deas (Tac., *De mor. Germ.*, § 8).

(3) Au rapport de César, les chefs gaulois n'acquéraient de l'influence qu'au moyen des dons qu'ils pouvaient faire à leurs compagnons : « Ut quisque est genere copiisque amplissimus, ita plurimos circum se ambactos clientesque habent » (*De bello gallico*, lib. VI, § 15).

Chez les Germains, c'était absolument de même. Les derniers rois mérovingiens ne perdirent leur puissance que parce que leurs prédécesseurs avaient fait de trop grandes libéralités à leurs leudes.

(4) Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis æstimatione facta cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit (*De bello gallico*, lib. VI, § 15).

puisque celles-ci ne gagnaient que fort rarement la donation anté-nuptiale, et qu'elles ne profitaient jamais des revenus de cette donation, ni de ceux de la dot économisés durant le mariage.

Le système gaulois avait pourtant, comme la donation anté-nuptiale, l'inconvénient grave de faire dépendre les avantages accordés à la veuve de la quotité de sa dot, en sorte que celle qui n'avait apporté aucune dot n'avait aucun droit à exercer sur les biens du mari prédécédé.

16. On ne rencontre plus cette disparité chez les Germains, et la raison en est simple : chez ces peuples, en effet, comme, en général, chez tous les peuples primitifs, c'était le mari qui donnait une dot à sa femme, et non point la femme qui apportait une dot à son mari (1).

La dot constituée à la femme par le mari était de deux espèces. L'une était donnée à la fiancée avant le mariage ; l'autre, connue sous le nom de *Morgengabe* ou *don du matin*, était donnée par l'époux à l'épouse, après la première nuit de leur union (2). La première, qui quelquefois était livrée aux parents de la femme et non pas à la femme elle-même, ressemblait beaucoup à un prix d'achat. La seconde seule était dictée par un élan de générosité, puisque sa quotité ne pouvait faire l'objet d'un débat préliminaire et constituer une des conditions du mariage. C'est principalement à cette dernière dot que répondait le *douaire* de notre ancien droit, défini par Cujas *pretium defloratæ virginitatis*.

17. Quand le mari n'avait constitué ni dot ni douaire, c'était la loi elle-même qui fixait, à cet égard, les droits de la femme, et tantôt cette dot lui tenait lieu de tous autres droits, tantôt elle se cumulait avec une indemnité en cas de répudiation, ou l'attribution d'une portion des biens du mari en cas de survie.

D'après la loi des Bavarois, par exemple, le mari qui répudiait sa femme non-seulement devait lui payer une dot proportionnée à son rang, mais encore il devait payer à ses parents, à titre de réparation, une somme de quarante-huit sols d'or (3).

(1) Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert (Tac., *De moribus Germanorum*, § 18).

(2) Il est souvent question du *Morgengabe* dans les lois barbares. L'expression allemande était traduite en latin par *matutina donatio*.

(3) « I. Si quis liberam uxorem suam sine aliquo vitio per invidiam dimiserit, cum quadraginta et octo solidis componat parentibus. — II. Mulieri autem dotem suam secundum genealogiam suam solvat legitime. Et quicquid

D'après celle des Ripuaires, la femme qui survivait à son mari avait droit à une dot de cinquante sous, et en outre à un tiers des biens acquis par le mari durant le mariage, sans préjudice du *Morgengabe* (1).

Chez les Bavarois, la femme survivante recueillait, à défaut d'enfants, la moitié des biens du mari (2); et, chez les Westphaliens, il paraît qu'elle prenait la même portion, encore qu'il y eût des enfants du mariage. La loi des Saxons, au moins, ne fait pas, à cet égard, la précision que l'on trouve dans celle des Bavarois (3).

Chez d'autres peuples, la femme était moins avantagée. Mais partout du moins, soit en cas de répudiation, soit en cas de survie, elle reprenait non-seulement ce qu'elle avait pu apporter en se mariant ou ce qu'elle aurait reçu depuis de ses parents, mais encore ce que son mari, ou, à son défaut, la coutume, lui assurait à titre de dot (4).

Ce rapide exposé suffit pour prouver que les usages matrimoniaux des Gaulois et des Germains procuraient, en général, plus d'avantage aux femmes que le système dotal usité chez les Romains. Nous allons voir maintenant ce que devinrent ces régimes divers, quand la fusion de la race conquérante et des races vaincues eut donné naissance à la nationalité française.

illa de rebus parentum ibi adduxit, omnia reddantur mulieri illi. » (*Lex Bajuvariorum*, tit. VII, § 14).

Au dire de quelques auteurs, le sou dont il est question dans la loi Salique et dans les Capitulaires était un sou d'or valant quarante deniers, et le denier d'alors équivalait à deux sous et demi de la monnaie française moderne (Hallam, *l'Europe au moyen âge*, t. I, p. 228 de la traduction française).

(1) « I. Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu cartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. — II. Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul collaboraverint sibi studeat evindicare, vel quicquid ei in morgangeba traditum fuerat, similiter faciat » (*Lex Ripuariorum*, tit. XXXVII).

(2) « De eo qui sine filiis et filiabus mortuus est, mulier accipiat portionem suam dum viduitatem custodierit, id est, *medietatem pecuniæ*. Medietas autem ad propinquos mariti pertineat » (*Lex Bajuvariorum*, tit. XIV, § 9).

(3) « De eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier *mediam portionem* accipiat : hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angrarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua » (*Lex Saxonum*, tit. IX).

(4) L'*Histoire du régime dotal et de la communauté*, par M. Ginoulhiac, mémoire couronné en 1841 par la faculté de droit d'Aix, contient, sur ce point de la législation des peuples barbares, d'intéressantes recherches.

§ 3. — Des régimes matrimoniaux suivis dans l'ancienne France jusqu'au Code civil.

18. L'ancienne France, sous le rapport des conventions matrimoniales, se divisait en trois grandes fractions : les pays de droit écrit, ceux de droit coutumier, et la Normandie.

19. Dans les pays de droit écrit, qui embrassaient notamment toute la France méridionale, et dans l'Auvergne qui en était voisine, le système romain, c'est-à-dire le système dotal, prévalut toujours. Ces contrées, en effet, avaient été plus profondément imprégnées des mœurs romaines, et la population gallo-romaine, qui y fut toujours en grande majorité, absorba, pour ainsi dire, l'élément germanique.

Quant à la donation *propter nuptias*, il ne paraît pas qu'elle ait jamais été pratiquée dans ces pays. Un usage, imité peut-être de cette donation, y améliora toutefois la position de la femme ; ce fut l'*augment de dot*, qui consistait généralement dans l'usufruit d'une somme ou de biens, égaux à la moitié de la dot, que la femme survivante obtenait sur les biens de son mari, lequel, de son côté, gagnait, sous le nom de *contre-augment*, tout ou partie de la dot, quand il survivait à sa femme (1).

Le droit de succession, accordé à la femme indigente par les Novelles de Justinien précédemment citées, eut un sort plus heureux. Il fut admis généralement dans les pays de droit écrit, comme l'attestent les anciens auteurs (2).

20. C'est seulement dans la partie centrale et septentrionale de la France que l'élément germanique se conserva, et qu'il produisit, à la longue, le régime de la communauté, tel qu'il existait avant le Code civil.

21. Il n'est pas sans intérêt de rechercher, à l'aide du petit nombre de documents que nous ont légués les siècles de l'invasion et le moyen âge, les développements successifs de ce régime.

Gibbon dit quelque part de la France que ce beau royaume fut fondé par des évêques, et il compare les prélats chrétiens des premiers temps de notre monarchie à des abeilles qui construisent leur ruche. Sous une telle influence, les institutions favorables aux femmes ne pouvaient manquer de grandir.

(1) V. sur les augments et contre-augments Roussilhe, *Traité de la dot*, ch. xx, § 2.

(2) V. le Recueil alphabétique de Bretonnier, v° *Femme*, et le Dictionnaire de Ferrière, v° *Quarte de la femme pauvre*.

Le but du christianisme, en effet, c'est l'abaissement du fort et l'élévation du faible, pour les rapprocher et les unir par un doux commerce de charité, tout en maintenant les différences de condition qui contribuent à l'harmonie de la société. La femme donc, comme le pauvre, comme l'esclave, comme tous les êtres exposés à l'oppression, trouve dans cette religion non-seulement sa consolation, mais encore sa sauvegarde.

Grâce à cette influence, le divorce, d'abord, ne tarda pas à être complétement proscrit (1).

Il fut de plus admis en principe que le mariage ne pouvait être célébré qu'après que le mari avait doté sa femme dans la mesure de ses facultés, et il semble que le prêtre intervenait dans la fixation de la dot (2).

La femme survivante avait droit, en outre, à une portion des acquêts. Mais il ne paraît pas que, sous la première, ni même sous la seconde race de nos rois, cette portion dépassât encore la quotité fixée par la loi des Ripuaires, c'est-à-dire le tiers (3).

Ce n'est donc qu'au commencement de la troisième race que dut commencer à prévaloir l'idée, éminemment chrétienne, d'une communauté parfaitement égale entre la femme et le mari.

❧. On est surpris d'abord qu'une institution aussi belle se soit développée précisément au milieu des désordres et de la

(1) V. *Capitul. regum franc.*, lib. VI, 87. — VII, 73, 189, 326.

(2) Si licita et honesta omnia parites (sacerdos) invenerit, tunc *per consilium et benedictionem sacerdotis* et consultu aliorum bonorum hominum (vir) eam sponsare et *legitime dotare* debet. Scribit namque de legitimo matrimonio beatus Augustinus ita : « Talis esse debet quæ uxor habenda est, ut secundum legem sit casta in virginitate, et *dotata legitime*, et a parentibus tradita sponso, et a paranymphis accipienda » (*Capitul.*, lib. VII, 179).

(3) Dans un partage fait entre les deux fils de Dagobert, il est dit que le tiers des acquêts devait rester à la reine : *Tertia parte ex omnibus quæ Dagobertus acquisiverat postquam Nantildem se sociaret, ipsi reginæ servata* (v. M. Laferrière, t. I, p. 170).

Un capitulaire de Louis le Débonnaire porte également : « *Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum, tertiam partem collaborationis quam simul in beneficio collaboraverunt, accipiant.* »

Ce capitulaire est le neuvième du livre IV de la collection d'Anségise. La suite pourtant pourrait faire croire que la femme qui n'avait que le tiers du produit des bénéfices, autrement dit des fiefs, avait dès lors peut-être la moitié des autres acquêts : « *Et de his rebus quas is qui illud beneficium habuit aliunde adduxit vel comparavit, vel ei ab amicis suis conlatum est, has volumus tam ad orphanos defunctorum quam ad uxores eorum pervenire.* »

barbarie du moyen âge (1). Il nous semble qu'on peut en donner une raison qui n'est pas sans quelque vraisemblance.

Plus l'homme est malheureux, plus il est porté à honorer la beauté, dont la contemplation est une source de jouissances que l'infortune ne saurait ravir. Aussi, à l'époque dont nous parlons, la femme devint-elle l'objet d'une sorte de culte poétique que les croisades ne purent que développer. Ces expéditions guerrières, en exaltant l'imagination des peuples, imprimèrent, en effet, une nouvelle impulsion à l'esprit chevaleresque, dont la galanterie était un des premiers fondements.

Des idées aussi favorables aux femmes ne pouvaient qu'amener des changements avantageux pour elles dans les coutumes de la vie civile.

23. Le grand monument législatif des croisades, les *Assises de Jérusalem*, en offre une preuve remarquable. La femme mariée, du moins la femme roturière, non-seulement avait droit, d'après les assises, à la moitié des biens de la communauté, mais encore elle succédait souvent à son mari, à l'exclusion des enfants communs, ce qu'on ne retrouve dans aucune autre législation (2).

Des prérogatives aussi étendues avaient peut-être pour but de déterminer les femmes des croisés à suivre leurs maris dans la Palestine, ou les filles non mariées à y aller prendre des époux. Mais on ne saurait pourtant refuser d'y voir l'effet d'une tendance générale des mœurs françaises, dont les assises reflètent ordinairement l'image.

(1) Suivant M. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. I, p. 180, c'est à la féodalité que la communauté doit sa première origine. On est plus dans le vrai en disant seulement qu'elle acquit alors ses principaux développements.

(2) « S'il avient que un home et sa feme ont ensemble conquis vignes ou terres ou maisons ou jardins, le dreit dit que la feme doit aver la moitié de tout, par dreit et par l'assise dou reaume de Jérusalem » (*Cour des Bourgeois*, ch. CLXXXV).

« S'il avient que uns hons ait conquis eritages, ou autre aver, avant qu'il preigne feme, et puis prent feme, et avient par la volenté de nostre Seignor que il chiet malade et meurt sans devise qu'il face de nule riens, la raison commande et juge que tout can que il avet, doit estre de sa feme par dreit, encores seit ce que celuy qui est mort ait père et mère, *et fils et filles*, et seurs et frères; car ce dit la lei et l'assise dou reaume de Jérusalem, que nus hom n'est si dreit heir au mort come est sa feme espouse : « *Sanctæ enim civitatis Dei cives, apostolica doctrina confisi, dicunt uxorem esse in successione viro proximiorem, quia vir et uxor unum corpus sunt et duæ animæ* » (*Ibid.*, ch. CLXXXVI).

Aussi Beaumanoir, qui écrivait dans le treizième siècle, indique-t-il que la communauté de biens entre époux était devenue depuis longtemps la coutume générale (1).

24. D'un autre côté, dès le commencement du même siècle, les douaires furent, à défaut de stipulation, portés à l'usufruit de la moitié des biens que le mari possédait au jour du mariage, ou qui lui advenaient plus tard par succession, et qui n'entraient pas dès lors en communauté. Philippe-Auguste détermina cette quotité dans un édit de 1214 (2).

L'année suivante, Henri II, roi d'Angleterre, fixa le douaire, dans ses états, au tiers seulement des propres du mari; et c'est ce qui explique comment, tandis que, dans les provinces qui appartenaient alors au roi de France, le douaire, jusqu'au Code civil, fut toujours de la moitié en usufruit des propres du mari, dans d'autres, qui, au temps de Philippe-Auguste, étaient sous la domination du roi d'Angleterre, telles que l'Anjou et le Maine, le douaire ne dépassa jamais le tiers des mêmes biens (3). Dans la Bretagne également, qui ne fut réunie à la couronne qu'au commencement du sixième siècle, le douaire légal ne dépassa jamais cette dernière quotité (4).

D'après les *Établissements* de saint Louis, la femme roturière seule aurait eu droit au douaire de moitié, et la femme noble, au moins quand il existait des enfants du mariage, n'aurait eu qu'un douaire du tiers (5). Laurière explique cette différence, en faisant remarquer que, d'après l'art. 8 des *Établissements*, l'aîné, dans les successions nobles, avait droit aux deux tiers de l'héritage de son père. Quoi qu'il en soit, il paraît indubitable que les femmes nobles ne durent pas tarder à obtenir aussi le douaire de moitié ou à le reconquérir, en supposant que l'édit de Philippe-Auguste le leur eût précédemment conféré; car Beaumanoir, qui écrivait treize ans seulement après les *Établissements*,

(1) « Chascuns si sait que compaignie se fet par mariage; car si tost coume mariage est fet li biens de lun et de lautre si sont quemun par le vertu dou mariage » (*Coutumes de Beauvaisis*, ch. XXI).

(2) Le texte de cet édit est perdu (v. Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. II, p. 211). Philippe-Auguste, fort adroit politique, cherchait peut-être par cet édit à se concilier les femmes des barons de France qui étaient sujets du roi d'Angleterre, pour gagner ensuite plus aisément leurs maris.

(3) V. Coutume d'Anjou, art. 299; — coutume du Maine, art. 313.

(4) Coutume de Bretagne, art. 455.

(5) « Gentil fame, porte l'art. 14, si n'a que le tiers en douère en la terre son seignour. » — « Fame coustumière, porte l'art. 133, si a la moitié de l'héritage de son mari en douère. »

dit sans distinction que toute femme a pour douaire la moitié des propres de son mâri (1).

25. Les croisades procurèrent aux femmes mariées sous le régime de la communauté un autre avantage. Il paraît qu'auparavant la femme commune, même en renonçant à la communauté, ne pouvait s'affranchir du payement de la moitié des dettes (2). La raison en était, sans doute, que les dettes étaient toujours présumées contractées dans l'intérêt commun.

Mais quand les chevaliers contractèrent des emprunts considérables pour se rendre dans la Palestine, il devint saillant que ces obligations n'avaient point pour but l'avantage de l'association conjugale, et, par conséquent, que la femme ne devait pas être obligée d'en supporter la moitié si la communauté était obérée.

Il fut admis dès lors que la femme noble pouvait s'affranchir du payement de la moitié des dettes, en renonçant à la communauté; et lors de la formation des coutumes, la même faculté fut accordée aux femmes roturières.

A dater de cette époque surtout, la supériorité d'avantages qu'avaient les femmes mariées en communauté, sur celles dont le mariage était soumis au régime dotal, devint frappante. Celles-ci ne pouvaient trouver dans l'augment de dot qu'un modique accroissement de revenus, pour le cas où elles survivaient à leurs maris. Celles-là, outre la moitié des biens de la communauté, dont elles restaient investies quand elles la jugeaient avantageuse, ce qui était le cas le plus ordinaire, obtenaient en outre, en cas de survie, un douaire considérable, et ce surcroît de fortune ou de revenus fortifiait le sceptre de l'autorité domestique, que la loi française, plus équitable encore en

(1) Par la général coustume, la fame emporte en douaire la moitié de tout l'iretage que ses barons avoit de son droit au jour que il lespousa » (*Coutume de Beauvaisis*, ch. XIII).

Les *Etablissements* de saint Louis sont de 1270, et le livre de Beaumanoir fut écrit en 1283.

(2) Cette obligation n'était pas aussi exorbitante du droit commun qu'on le suppose communément. La femme, en effet, pouvait sans doute convenir dans son contrat de mariage qu'elle demeurerait affranchie des dettes en renonçant, ou même qu'elle pourrait reprendre son apport franc et quitte. Si elle ne faisait pas une pareille stipulation, elle était présumée avoir eu pleine confiance dans la prudence de son mari; et si, contre son attente, son mari menaçait de dissiper son patrimoine, il est probable qu'elle pouvait demander la séparation de biens.

cela que la loi romaine, confiait à la mère après la dissolution du mariage.

26. Dans le nord de la France, une grande province faisait exception à la règle générale, c'était la Normandie. En Normandie, en effet, non-seulement la communauté entre époux ne constituait pas le droit commun, mais encore il était défendu de la stipuler (1).

La raison de cette anomalie peut se découvrir peut-être dans l'histoire de cette province.

Les Normands, qui donnèrent leur nom à l'ancienne Neustrie, étaient, on le sait, des pirates avides. Comme les premiers Romains, qui, au dire des historiens, n'eurent d'autres épouses que des femmes qu'ils avaient enlevées à leurs voisins, les Normands qui s'établirent en Neustrie ne prirent leurs compagnes que dans la nation qu'ils avaient vaincue; car, en s'aventurant sur les mers dans de frêles esquifs, ils n'avaient pu associer des femmes à leurs périlleuses expéditions. On conçoit dès lors qu'ils n'eussent pas pour leurs épouses la même affection que les Germains, qui, même depuis la conquête, ne s'unissaient souvent qu'à des personnes de leur race. A l'exemple de leur premier duc Rollon, qui, en épousant la fille de Charles le Simple, se fit donner en dot toute la Neustrie, les Normands devaient donc naturellement rechercher des femmes bien dotées; mais ils n'étaient pas plus disposés pour cela à partager avec elles les biens qu'ils pouvaient acquérir depuis leur mariage (2).

Telles furent, nous le croyons, les causes de la coutume normande.

§ 4. — Droit nouveau.

27. La révolution française, qui s'attaqua si vivement, dès son origine, à la constitution de la famille et au règlement du patrimoine, devait, par cela même, agir sur les anciens régimes d'association conjugale et y amener des modifications.

La loi du 17 nivôse an II, en effet, abolit, au moins d'une manière implicite, les douaires, augments de dot, et tous autres gains matrimoniaux établis par les coutumes (3), et, revenant

(1) V. *infrà*, n° 285.

(2) In Neustris, dit Dumoulin, mulieres sunt ut ancillæ, multùm viris suis subditæ, qui sunt avari.

(3) Cette abolition s'induit clairement de l'art. 61 de cette loi, ainsi que l'a-

en ce point au système simple, mais injuste, de l'ancienne législation romaine, elle donna effet seulement aux avantages que les époux se feraient expressément de quelqu'une des manières autorisées par la loi.

Sur tous les autres points, les législateurs de l'an II laissèrent subsister les anciennes règles du pays de droit coutumier et de ceux de droit écrit, en ce qui concernait les conventions matrimoniales.

28. Quand il fut question de la rédaction du Code civil, les premiers auteurs du projet relatif au contrat de mariage donnèrent la préférence au régime de la communauté, dont ils exposèrent longuement les règles sans dire un seul mot du régime dotal.

Les habitants des pays de droit écrit et de la Normandie crurent voir dans ce silence l'exclusion absolue d'un régime qui leur était cher. Le projet rencontra donc dans ces contrées de vives oppositions; et comme on s'attache ordinairement d'autant plus à une institution qu'on la croit plus menacée, les partisans de la dotalité se mirent à exalter outre mesure les avantages de ce régime, et à déprimer de toutes leurs forces le régime opposé. Aussi leurs prétentions n'allaient pas à moins qu'à reléguer la communauté au second rang, pour conférer au régime dotal les honneurs du droit commun.

Le conseil d'État fit droit à ces réclamations dans ce qu'elles avaient de juste, tout en condamnant ce qu'elles avaient d'exagéré. Il fut décidé que les principales règles du régime dotal seraient, comme celles de la communauté, tracées par la loi, et qu'il serait loisible aux époux de choisir l'un ou l'autre régime, comme aussi de les exclure tous deux.

29. Mais il fallait choisir, entre ces systèmes, celui qui formerait le droit commun de la France et régirait, par conséquent, les associations conjugales si nombreuses qui s'établissent sans contrat. On ne pouvait certainement admettre, sans aller contre cette unité législative qui avait été le grand effort de la révolution française, que chacun suivrait les mœurs et les habitudes de son pays, et qu'ainsi, à défaut de contrat ou de stipulation contraire, l'habitant du Midi serait soumis au régime dotal, tandis que l'habitant du Nord aurait sa règle dans la communauté. Les partisans des deux systèmes se retrouvèrent donc en présence

jugé la cour de cassation par arrêts des 10 octobre 1807, 26 mai 1812 et 8 janvier 1814.

sur ce terrain; et ce sera toujours un grand sujet d'étonnement de voir avec quelle ardeur et quelle énergie y fut soutenue de part et d'autre cette lutte éternelle du Nord et du Midi (1). Les cours royales elles-mêmes s'y mêlèrent activement, et leur discussion ne fut ni la moins passionnée, ni même la moins violente. Adversaire née de la communauté, la cour de Montpellier disait, en parlant de ce régime : « C'est une pomme de discorde que le Nord de la France veut jeter dans le Midi, fruit que la barbarie des Francs avait cueilli, sans doute, dans les forêts de la Germanie, et qu'elle a apporté dans les Gaules, au milieu du tumulte de la victoire et de la licence des camps (2). » Les cours du Nord n'étaient pas en reste avec celles du Midi, et comme celles-ci elles mêlaient à leurs observations des raisons de nationalité et de patriotisme. Dans ce conflit d'opinions, qui se reproduisirent d'ailleurs avec la même énergie au sein du conseil d'état, les rédacteurs du Code pensèrent qu'il y avait lieu de préférer au système dotal le système qui avait reçu sur le sol de la France son plus complet développement : la communauté devint ainsi le droit commun de la France.

Et ce régime devait, en effet, être préféré : ce n'est pas seulement parce que la communauté s'était sinon formée du moins développée sur le sol français, c'est encore parce qu'elle a, dans son principe, quelque chose de plus équitable que le régime dotal; c'est, enfin, comme on l'a très-bien dit dans la discussion de la loi (3), parce que la détermination d'un droit commun étant particulièrement nécessaire pour ces mariages dénués de fortune qui ne peuvent payer la dépense d'un contrat, le système dotal dont la dénomination même suppose une dot et par conséquent la nécessité de stipulations qui la fixent et la garantissent, doit, par la force même des choses, être étranger à ces sortes de mariages, auxquels convient très-bien, au contraire, la communauté qui peut exister sans une dot et sans des biens acquis.

Après cela, que le régime dotal ait aussi ses avantages, nous

(1) Trois siècles avant les discussions dont nous parlons ici, Pasquier avait dit : « Interrogez ceux qui sont nourris au pays de droit escrit, ils vous diront que la séparation de biens est sans comparaison meilleure que la communauté; et ceux du pays de coustume donneront leur arrest en faveur de la communauté de biens; tant a de tyrannie sur nous un long et ancien usage ! » (*Recherches de la France*, liv. IV, ch. XXI).

(2) V. M. Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, t. IV, p. 500.

(3) Rapport de M. Duveyrier au tribunat (M. Locré, t. XIII, p. 339-340).

n'essayerons pas assurément de le contester : il pourvoit mieux à la conservation de la dot, puisqu'il en interdit l'aliénation ; en outre, il se meut dans des combinaisons infiniment moins compliquées que celles sur lesquelles repose le système de la communauté. Mais, on en doit convenir, le régime dotal sacrifie l'intérêt général à l'intérêt privé, en immobilisant les biens par le principe de l'inaliénabilité ; il est contraire à l'essence du mariage, en séparant les intérêts de deux personnes dont les destinées sont unies ; enfin, il enlève à la prospérité du ménage ses meilleures garanties, qui sont dans le soin et l'affection que chacun des époux porte à la chose commune et dans l'espérance d'un avenir égal.

On s'explique donc très-bien la préférence qu'a obtenue le système de la communauté sur le régime dotal, lorsqu'il s'est agi de choisir, entre les deux, celui qui formerait le droit commun de la France ; et sans insister davantage sur une controverse à laquelle on ne peut, d'ailleurs, rien ajouter après les développements si brillants qu'elle a reçus dans la discussion de la loi (1), nous nous empressons d'arriver à la partie pratique de notre traité.

30. Dans un premier chapitre, nous exposerons les principes généraux communs aux divers régimes ; dans un second, qui aura pour objet le régime de la communauté, nous exposerons, 1° les règles spéciales à la communauté légale, 2° celles de la communauté conventionnelle ; dans un troisième, il sera traité des règles propres au régime dotal ; dans un quatrième, de celles du régime exclusif de communauté ; dans un cinquième et dernier, nous traiterons de la séparation de biens contractuelle ou judiciaire.

(1) V. la *Législation civile* de M. Locré, t. XIII, p. 146 et suiv., 202 et suiv., 275 et suiv., 312 et suiv., 399 et suiv., 414 et suiv., 443 et suiv. — Le rapport du tribun Duveyrier (V. *loc. cit.* 312 et suiv.), nous semble surtout frappant d'impartialité et de raison.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

31. Division du chapitre.

31. Avant d'exposer les règles propres aux divers régimes d'association conjugale, les auteurs du Code civil ont placé, au frontispice du titre, des dispositions générales qui dominent toute la matière, et par lesquelles doivent commencer nos explications.

Pour embrasser dans un ordre méthodique tous les points qui se rattachent à ces dispositions générales, ainsi qu'à quelques autres articles du Code qui ont le même caractère, nous verrons : 1° à quel régime sont soumis les époux qui ne font point de contrat de mariage; 2° les conditions intrinsèques requises pour la validité de ce contrat; 3° les conventions qui y sont autorisées ou défendues; 4° les caractères principaux des divers régimes que les époux peuvent embrasser; 5° les règles relatives aux effets des constitutions de dot vis-à-vis des constituants; 6° les conditions extrinsèques ou de forme auxquelles le contrat est soumis; 7° les changements qu'il peut recevoir; 8° dans quels cas il doit être publié par extrait; 9° dans quel cas il cesse de produire ses effets par suite de caducité ou de nullité; 10° les effets de la nullité du mariage relativement au contrat; 11° la loi qui doit, en cas de changement de législation, régir l'association conjugale; 12° les effets, en France, des contrats passés en pays étranger; 13° le droit d'enregistrement dans ses rapports avec le contrat de mariage.

Ce sera le sujet d'autant de sections distinctes.

SECTION PREMIÈRE.

DU RÉGIME AUQUEL SONT SOUMIS LES ÉPOUX QUI NE FONT PAS DE CONTRAT DE MARIAGE.

Sommaire.

32. A défaut de contrat, les époux sont censés avoir voulu adopter la communauté légale.
33. *Quid* du mariage contracté par un étranger domicilié ou simplement résidant en France?
34. *Quid* de celui contracté par un Français à l'étranger?

32. Parmi les citoyens il en est de pauvres qui ne peuvent supporter les frais d'un contrat de mariage, et partant s'abstiennent de contrat. Il peut advenir, cependant, qu'ils sortent par les travaux communs, ou par les circonstances, de l'état d'indigence où ils étaient au jour de leur union. Dans ce cas, la loi ne pouvait se dispenser de régler le sort de la fortune acquise.

Il en est de riches qui, adoptant l'avis de Montaigne, pensent que pour la plus sage distribution de nos biens il faut se conformer à l'usage du pays : « Les lois y ont mieux pensé que nous, et vault mieux les laisser faillir en leur eslection, que de nous hazarder de faillir témérairement en la nostre (1). » Pour ceux-là encore, la loi devait intervenir.

Comme il était impossible en ce cas de s'en rapporter aux anciens usages de chaque localité, sans briser la grande unité française à peine fondée avec tant d'efforts, les auteurs du Code civil étaient dans la nécessité d'opter entre le régime dotal et celui de la communauté ; et, comme on vient de le voir (*suprà* n° 29), c'est au système de la communauté qu'ils ont donné la préférence.

L'art. 1393 dispose donc : « A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II (c'est-à-dire celles de la communauté légale) formeront le droit commun de la France. »

33. Mais ici se présente tout d'abord une question importante, celle de savoir si l'art. 1393 s'applique aux mariages contractés en France par des époux dont l'un ou tous deux sont étrangers. On n'éprouve, du reste, aucune hésitation pour la solution de la difficulté, dès qu'on a consulté les anciens oracles de

(1) *Essais*, liv. II, ch. VIII.

la science. Autrefois, en effet, où les coutumes étaient si diverses, une question analogue se présentait souvent, quand les futurs se trouvaient domiciliés dans des localités soumises à des coutumes différentes.

Les auteurs les plus accrédités, Pothier notamment (1), enseignaient que dans ce cas, la loi du contrat était celle du lieu où le mari entendait établir son domicile après le mariage, parce que, disaient-ils, telle était l'intention présumée des parties, et qu'en cette matière les lois ont principalement pour objet de suppléer au silence des contractants.

C'est la doctrine qui doit encore être suivie aujourd'hui pour la solution de la question proposée, la raison de décider étant la même. Si donc une Française ou même une étrangère épouse un étranger domicilié en France en vertu de l'autorisation du roi, ce sont les règles de notre communauté légale que les époux sont censés avoir voulu adopter, celles par conséquent dont nos tribunaux doivent faire l'application, lorsque des litiges s'élèvent à cet égard devant eux.

Il y a plus de doute quand l'étranger n'a pas de domicile en France. Si tout annonce pourtant qu'il voulait continuer d'y demeurer, s'il était né, par exemple, sur le sol français et qu'il eût omis seulement de faire à sa majorité la déclaration prescrite par l'art. 9 du Code civil, il est à présumer que l'intention des parties aurait été encore d'adopter la communauté française; tandis que si l'étranger avait, au moment du mariage, le projet connu de retourner aussitôt après dans son pays, c'est la loi de ce pays que la future, Française ou étrangère, serait censée avoir voulu adopter.

34. Réciproquement, un Français qui se marie à l'étranger sans contrat n'est censé marié sous l'empire de la communauté française qu'autant que la future a pu supposer qu'aussitôt après la conclusion du mariage son mari entendait retourner en France.

Dans tous les cas, en un mot, c'est la commune intention des époux qu'il faut uniquement rechercher (2), et s'il y a doute sur cette intention commune, la femme est censée avoir adopté la loi personnelle du mari dont elle a voulu suivre les destinées. Il serait impossible d'admettre avec M. Battur (3), que la femme

(1) *Traité de la communauté*, article préliminaire, nos 14 et suivants.

(2) V. MM. Toullier, t. XII, n° 91; Duranton, t. XIV, nos 86 et suiv.; Armand Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 104; Zachariæ, t. III, p. 410.

(3) *Traité de la communauté*, t. I, n° 69.

française qui épouse un étranger sans passer de contrat, peut toujours se prétendre mariée sous l'empire de la communauté française, car il est saillant que la même association ne peut être régie en même temps par deux lois différentes.

SECTION II.

DES CONDITIONS INTRINSÈQUES REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE.

Sommaire.

35. Le contrat de mariage est soumis, pour sa validité intrinsèque, à quatre conditions essentielles.
36. Du consentement, de l'objet et de la cause.
37. De la capacité du mineur, art. 1398, 1095 et 1309.
38. L'art. 1398 s'applique aux mineurs émancipés et à ceux qui ne le sont pas; mais non à ceux qui n'ont point l'âge ou, à défaut, la dispense, nécessaires pour contracter mariage.
39. La femme mineure peut consentir à l'aliénation de ses immeubles dotaux, mais non pas à la restriction de son hypothèque légale.
40. L'art. 1398 déroge aux règles de l'autorité tutélaire.
41. Le tuteur peut-il s'opposer au contrat projeté? Distinction.
42. Les personnes qui doivent assister au contrat du mineur peuvent le faire par procureur, et les conventions du mariage n'ont pas besoin d'être insérées dans le mandat.
43. La nullité résultant de l'incapacité du mineur n'est que relative.
44. De l'interdit.
45. De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.
46. Du failli.
47. De l'étranger.
48. De l'individu en état d'interdiction légale.

35. Les effets de l'association conjugale ne sont réglés par la loi que lorsque les époux ont omis de les déterminer eux-mêmes. Ceux-ci sont donc libres de s'écarter, en tout ou en partie, des règles de la communauté légale, ou d'adopter un régime différent. Mais pour cela ils sont obligés de dresser un contrat de mariage, et ce contrat, comme tous les autres, est soumis pour sa validité à quatre conditions intrinsèques, également essentielles, savoir : le consentement des contractants, leur capacité, un objet certain dans les obligations qu'ils s'imposent, et une cause licite de ces obligations.

36. Pour ce qui regarde le consentement, le titre du contrat de mariage ne renferme aucune disposition particulière. Le législateur s'en est remis sur ce point aux principes généraux.

Le contrat est donc nul toutes les fois que le consentement

de l'un des futurs époux a été vicié par l'erreur, la violence ou le dol.

La nécessité d'un objet certain et d'une cause licite s'applique aussi au contrat de mariage comme à tous les autres contrats. Le législateur a pris le soin toutefois d'indiquer, dans les art. 1387, 1388, 1389 et 1390, certaines stipulations qu'il a jugées plus particulièrement dangereuses, et que pour ce motif il a prohibées d'une manière spéciale. D'un autre côté, il est des stipulations prohibées dans les actes ordinaires, que la loi autorise expressément dans les contrats de mariage. Nous reviendrons sur ces stipulations permises ou prohibées, dans la section troisième de ce chapitre.

37. Enfin, quant à la capacité requise pour la validité du pacte matrimonial, le législateur ne l'a réglée d'une manière spéciale qu'à l'égard des mineurs.

« Le mineur habile à contracter mariage, porte l'art. 1398, est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ; et les conventions et donations qu'il a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » C'est la consécration de l'ancienne maxime : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

Les art. 1095 et 1309 sont conçus à peu près dans les mêmes termes : « Le mineur, porte le premier, ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donations simples, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. »

« Le mineur, ajoute l'art. 1309, n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. »

38. Il est à remarquer d'abord, que l'art. 1398 s'applique également aux mineurs émancipés et à ceux qui ne le sont pas (1). Mais il ne parle que du mineur *habile à contracter mariage,*

(1) Quant au majeur, encore qu'il n'ait pas vingt-cinq ans accomplis, et qu'un garçon ait besoin jusqu'à cet âge du consentement de ses père, mère ou autres ascendants, pour se marier, il n'a nul besoin de ce consentement pour le contrat notarié. C'est un point constant. V. MM. Bellot, t. I, p. 144 ; Rolland, v° *Contrat de mariage*, n° 10.

c'est-à-dire de celui qui, au moment du contrat, a déjà atteint l'âge nécessaire pour se marier, ou bien a déjà obtenu des dispenses. Il n'autorise donc pas à passer le pacte matrimonial avant le moment où l'on peut se marier, et tout contrat passé avant cette époque serait nul, quand même il aurait été passé avec le concours des personnes dont le consentement suffit pour habiliter au mariage le mineur pubère. M. Duranton (1) va même jusqu'à dire que la nullité ne serait pas couverte, quoique le mariage eût été ensuite célébré à l'âge requis. Mais cette conséquence nous paraît exagérée. Après que le mineur a atteint l'âge compétent, le contrat antérieur peut en effet être ratifié, et l'exécution volontaire est une ratification tacite autorisée par la loi (art. 1338). Or, comment se refuser à voir dans la célébration du mariage une exécution volontaire du pacte matrimonial? Nous ne pensons pas toutefois que le vice fût réparé si le mariage lui-même avait été contracté aussi avant l'âge compétent, et que la nullité en eût seulement été couverte; mais c'est un point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir dans la section dixième.

39. L'art. 1398 autorise expressément le mineur, sous la condition qu'il impose, à consentir toutes les conventions et à faire toutes les donations dont le contrat de mariage est susceptible.

En présence d'un texte aussi général et aussi formel, on ne saurait douter raisonnablement que la femme mineure ne puisse consentir par son contrat de mariage à l'aliénation de ses immeubles dotaux (2). Est-ce à dire toutefois que si, au moment de l'aliénation, la femme est encore mineure, le mari soit dispensé de suivre les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs? Nous ne pensons pas que la première autorisation renferme virtuellement la seconde; mais si celle-ci résulte formellement, comme la première, des termes du contrat, l'art. 1398 nous semble la protéger; car si ce texte permet évidemment à

(1) T. XIV, n° 14.

(2) Les auteurs sont à peu près unanimes sur ce point. V. MM. Delvincourt, t. III, p. 4, Bellot de Minières, t. I, p. 71, Duranton, t. XV, n° 476, Zachariæ, t. III, p. 394, note 6. V. aussi Nîmes, 26 janvier 1825 (Serayes c. Desmartin), et Agen, 25 avril 1831 (Filhol c. Derupé). Un arrêt de Riom du 19 novembre 1809 (Delrieu c. Saraille), qu'on cite quelquefois comme ayant résolu la question en sens contraire, se référait à un contrat de mariage antérieur au Code civil. V. toutefois MM. A. Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 43, et Battur, t. I, n° 43.

la femme mineure de donner tous ses biens à son mari, à plus forte raison celle-ci doit pouvoir autoriser le mari à vendre ses biens dotaux sans formalités de justice. On dirait vainement que le contrat de mariage ne peut pas modifier pour l'avenir la capacité de la femme ; cela est vrai sans doute en ce qui concerne la femme elle-même, mais cela n'est pas vrai en ce qui concerne le mari, à qui les termes du contrat de mariage confèrent en cas pareil un droit irrévocable (1).

Nous ne connaissons qu'une seule convention dans tous les cas interdite à la femme mineure, quoiqu'elle soit permise aux femmes qui ont atteint leur majorité : c'est celle qui est relative à la réduction de l'hypothèque légale. Il résulte, en effet, clairement de l'art. 2140 du Code civil, qu'à cet égard l'incapacité de la femme mineure est absolue. « Lorsque dans le contrat de mariage, porte ce texte, les parties *majeures* seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. » Il est impossible de ne pas considérer ces mots de l'article *parties majeures*, comme placés à dessein d'exclure les femmes mineures de sa disposition (2). La restriction de l'hypothèque est souvent plus périlleuse qu'elle ne paraît ; et si elle est réellement juste, l'art. 2144 fournit au mari le moyen de l'obtenir de la justice après le mariage.

Il va sans dire aussi que la loi ne relève le mineur de son incapacité que pour ce qui regarde ses rapports avec l'autre époux. Ainsi, la circonstance qu'une convention passée entre le mineur et un tiers se trouverait dans le contrat de mariage du premier, ne pourrait soustraire cette convention à l'application des règles ordinaires (3) : ce n'est plus là une convention qui, de sa nature, soit matrimoniale, et les conventions matrimoniales sont les seules que l'art. 1398 protége.

40. Une chose bien digne de remarque dans l'art. 1398, c'est que ce texte déroge complétement aux règles de l'autorité tutélaire, puisqu'il n'exige pour la validité des conventions ou donations faites par le mineur d'autre consentement que celui

(1) *Sic* M. Zachariæ, t. III, p. 394, note 6 ; *contra*, M. Battur, t. I, n° 43.

(2) M. Troplong, *Des hypothèques*, t. II, n° 637 *bis* ; Civ. rej., 19 juillet 1820 (Lauré c. Villers).

(3) Bordeaux, 25 janvier et 1er février 1826 (Pidoux c. Ducou ; Salandie c. Chaumeni).

des personnes sous l'autorité desquelles celui-ci se trouve relativement au mariage.

Ainsi, le mineur privé de son père n'a besoin, pour être habilité dans son contrat de mariage, que du consentement de sa mère, quand même celle-ci serait remariée et dépouillée de la tutelle (1).

S'il n'a ni père ni mère, le consentement de ses autres ascendants suffit : s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement ; et, dans ce cas encore, il est indifférent que l'ascendant qui consent ait ou n'ait point la tutelle.

41. Enfin, le mineur n'a-t-il aucun ascendant, le consentement du conseil de famille suffit, quand même le tuteur serait d'un avis opposé. Seulement, s'il n'y a pas eu unanimité dans le conseil, le tuteur nous semblerait autorisé par l'art. 882 du Code de procédure, à former opposition au contrat projeté, car cet article ne fait aucune distinction. Si au contraire le mineur avait ou sa mère ou un ascendant supérieur, le tuteur ne pourrait en aucun cas s'opposer aux conventions projetées. La loi a sagement pensé qu'un ascendant qui consent au mariage du mineur ne peut avoir en vue que l'intérêt de ce dernier, et que d'autres parents pourraient peut-être n'apporter d'obstacle à une union désirable, que dans leur intérêt propre.

Si toutefois le dissentiment existait entre deux ascendants, celui d'entre eux qui trouverait le contrat onéreux pour le mineur, pourrait s'opposer au mariage pour cette cause, car l'art. 174 du Code civil ne limite pas les causes d'opposition de la part des ascendants, et les juges pourraient n'autoriser le mariage qu'à la charge d'apporter au contrat les modifications demandées par l'ascendant opposant.

42. L'art. 1398 indique encore que, pour habiliter le mineur, il ne suffit pas d'un consentement général donné par anticipation au contrat de mariage qu'il pourra passer, mais que l'*assistance*, lors de la passation du contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, est indispensable ; et les art. 1095 et 1309 expriment, d'une manière plus explicite encore, la double nécessité du consentement et de l'assistance. Aussi, le contrat passé par le mineur seul nous semblerait-il nul, quand même les donations et conventions qu'il pourrait faire avec son futur conjoint auraient été détail-

(1) MM. Duranton, t. III, n° 532, et t. XIV, n° 13 ; Zachariæ, t. III, p. 394, n° 4 ; V. aussi Bastia, 3 février 1836 (Franceschini).

lées dans un consentement anticipé, car le mineur a intérêt non-seulement à ne pas aggraver sa position outre mesure, mais encore à obtenir de l'autre partie tous les avantages convenables; et les personnes ayant autorité sur lui sont seules réputées en mesure de discuter utilement cet intérêt. Le contrat passé sans assistance pourrait tout au plus être valable, si la teneur entière de ce contrat se trouvait relatée dans le consentement anticipé, et que rien n'indiquât de la part des personnes qui l'auraient donné un changement de volonté antérieur au mariage (1); mais on conçoit que, dans cette hypothèse même, il est bien plus prudent de se conformer à la lettre de la loi.

Les personnes qui doivent assister le mineur ne sont pas, d'ailleurs, obligées de le faire en personne; elles peuvent se faire représenter par un procureur fondé, puisqu'il est de principe qu'on peut agir par procureur toutes les fois que la loi ne le défend pas. Cela étant, on conçoit qu'un conseil de famille aura la faculté de se faire représenter par un délégué (2), l'assistance de tous ses membres au contrat étant le plus souvent d'une impossibilité absolue.

La procuration des père, mère ou autres ascendants peut être authentique ou sous seing privé (3). Ce n'est que pour l'acte de mariage que l'art. 73 du Code civil exige un consentement authentique. Il est mieux pourtant que la procuration soit dans cette dernière forme, pour éviter, dans une matière aussi importante, des procès en vérification d'écritures.

Nul doute non plus, à nos yeux, que le mandat ne puisse être donné en termes généraux, qu'on ne puisse, par exemple, investir le délégué d'une sorte d'autorité illimitée, en lui permettant d'autoriser, de la part du mineur, toute espèce de donations ou conventions qu'il jugera convenables (4). Mais des pouvoirs aussi étendus ne se présument pas facilement; ils doivent être bien exprès. La cour de Douai a jugé, par exemple, que la délégation par laquelle un conseil de famille avait chargé trois de ses membres d'autoriser et d'assister dans son contrat de mariage une mineure sans ascendants, n'avait point conféré à ces délégués le pouvoir d'autoriser la mineure à faire une donation à son futur époux, alors qu'il n'avait été donné au conseil de

(1) M. Zachariæ, t. III, p. 394, n° 2.

(2) MM. Duranton, t. IX, n° 765; Rolland, *Répertoire du notariat*, v° *Contrat de mariage*, n° 26.

(3) M. Rolland, n° 12.

(4) M. Rolland, n° 27.

famille aucune connaissance du projet de cette donation; et le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été justement rejeté par la cour suprême (1).

43. Le contrat de mariage passé par un mineur qui n'a pas été dûment autorisé n'est, du reste, nul que d'une nullité relative; c'est un point sur lequel tous les auteurs sont d'accord (2). Mais comme dans notre droit actuel, aussi bien que dans le droit antérieur, le mineur n'est restitué qu'autant qu'il a été lésé, et que la lésion doit s'apprécier par l'ensemble de l'acte, ce mineur ou ses ayants droit ne peuvent scinder le contrat, c'est-à-dire demander la nullité de quelques clauses seulement et le maintien des autres. S'ils ne veulent pas s'en tenir au contrat purement et simplement, il doit être annulé pour le tout, et les effets de l'association doivent se régler alors comme s'il n'y avait pas eu de contrat passé, c'est-à-dire comme si les époux avaient été mariés sous le régime de la communauté légale (3). Nous traiterons, du reste, plus amplement des effets de la nullité dans la section neuvième.

44. Il nous reste à examiner quelle est, relativement au contrat de mariage, la position des interdits, des individus pourvus d'un conseil judiciaire, des faillis, des étrangers et des personnes privées de l'exercice de leurs droits civils par suite d'une condamnation judiciaire.

La question de savoir si un interdit peut, avec l'autorisation du conseil de famille, contracter mariage dans un intervalle lucide, est fort controversée. La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative (4); et ce qu'on peut dire de plus favorable en ce sens, a été récemment présenté par M. le professeur Demolombe dans son cours de Code civil (5). Sans nous prononcer ici sur cette question qui sort de notre matière, nous dirons qu'en admettant cette dernière solution, nous penserions, par analogie de ce que la loi permet au mineur, que le tuteur de l'interdit ou tout autre délégué du conseil de famille pour-

(1) Arrêt du 19 mars 1838 (Stouder c. Delasalle).

(2) MM. Dalloz aîné, v° *Mariage (Contrat de)*, p. 178, n° 20; Zachariæ, t. III, p. 393.

(3) M. Zachariæ, *loc. cit.*

(4) Arrêt du 12 novembre 1844 (Silas Lenormant c. Bisson). L'un des auteurs du présent traité s'est élevé fortement contre la doctrine consacrée par cet arrêt. V. *Revue de législation*, année 1845, t. III, p. 239 et suiv. V. aussi, en ce sens, M. Marcadé, 2e édit., t. I, p. 533.

(5) V. t. III, n° 127.

rait, avec l'autorisation de ce conseil, faire dans le contrat de mariage de l'interdit toutes les conventions ou donations que ce dernier aurait le droit de faire lui-même s'il avait le plein exercice de ses facultés.

45. Quant à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire seulement, il est incontestable qu'il peut se marier sans l'assistance de ce conseil. Sans ce conseil aussi, il peut donc consentir les conventions ordinaires de mariage; par exemple, écarter, en tout ou en partie, le système de la communauté légale. C'est le cas alors d'appliquer l'ancienne maxime, *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Nous pensons même avec M. Duranton (1), qu'il peut faire à son conjoint des donations de biens à venir, parce que ces donations n'entraînent aucun dépouillement actuel. Mais nous ne pensons pas qu'il puisse faire des donations de biens présents ou consentir des clauses exorbitantes, telles qu'un ameublissement, sans l'assistance de son conseil. Ces stipulations excédant la portée de la communauté légale, la personne pourvue d'un conseil doit, à cet égard, rester soumise à l'incapacité d'aliéner que la loi prononce contre elle (2).

46. Le failli n'est évidemment frappé d'aucune incapacité de se marier. Il peut donc aussi passer un contrat de mariage; mais comme par l'effet de la faillite il se trouve privé de l'administration de tous ses biens, il ne peut conférer à son futur conjoint, sur ces biens, aucun droit de nature à nuire à ses créanciers.

47. Les étrangers ayant été admis de tout temps à contracter mariage avec des Françaises et réciproquement les étrangères avec les Français, il est indubitable qu'ils peuvent, dans les contrats de mariage qu'ils passent en France, consentir toutes les donations et stipulations qui sont permises à un régnicole, quand même ces donations ou stipulations seraient prohibées par la loi de leur pays (3). La nullité de la convention ne saurait du moins être opposée en France à l'époux qui aurait contracté sous la foi de cette convention et dans l'ignorance de la loi qui la prohibait, loi d'ailleurs qui ne pouvait lier alors que l'autre partie.

48. M. Dalloz aîné (4) enseigne que l'individu qui est en état

(1) T. XIV, n° 15.

(2) MM. Duranton, *loc. cit.*; Rolland, n°s 16 et 17; Zachariæ, t. III, p. 393.

(3) Pothier, *De la communauté*, n° 21; MM. Toullier, t. XII, n° 91; A. Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 54.

(4) Répertoire, t. X, p. 44, n° 6.

d'interdiction légale par suite de l'une des condamnations indiquées dans l'art. 29 du Code pénal, est privé par là même de la faculté de se marier. Nous n'adoptons pas ce sentiment. Cet individu sans doute est privé de l'exercice des droits civils ; mais la faculté de se marier n'a jamais été considérée dans notre droit comme un droit civil, mais bien comme un droit naturel. La preuve, c'est que les étrangers, comme nous venons de le dire, ont de tout temps pu contracter mariage en France, et si l'art. 25 du Code civil déclare le mort civilement incapable de se marier, c'est plutôt comme une peine particulière, peut-être trop dure, que comme une conséquence nécessaire de son état. A la vérité, il est sensible que l'individu placé dans l'état d'interdiction légale ne peut, durant sa détention, se rendre à la maison commune pour y célébrer son mariage; mais cette difficulté de fait, qui pourrait cesser par suite d'une évasion ou d'une extraction momentanée autorisée par le gouvernement, ne doit pas être confondue avec une incapacité légale.

Cet individu peut donc aussi, dans notre sentiment, passer valablement un contrat de mariage. Seulement, il en est de lui comme du failli, c'est-à-dire que, quelles que soient les clauses de ce contrat de mariage, l'administration de ses biens continuera toujours d'appartenir à son tuteur jusqu'à l'expiration de sa peine (C. pén., art. 30).

SECTION III.

DES CONVENTIONS AUTORISÉES DANS LES CONTRATS DE MARIAGE ET DE CELLES QUI Y SONT DÉFENDUES.

Sommaire.

49. Les contrats de mariage sont affranchis de plusieurs des règles relatives aux donations entre-vifs ordinaires.
50. Les donations contractuelles sortent, du reste, du plan du traité.
51. On ne peut autoriser dans les contrats de mariage aucune convention contraire aux mœurs ou à l'ordre public.
52. Controverses sur la légalité de certaines conditions, notamment de celle de ne pas se remarier.
53. L'art. 1387 prohibe en outre les conventions contraires à l'ordre public.
54. Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la *personne* de la femme et des enfants.
55. Effet de la clause que la femme ne sera pas obligée de suivre son mari en pays étranger.
56. De la clause qui autoriserait la femme à faire ou à continuer un négoce.

57. De la clause portant que les enfants seront élevés dans telle ou telle religion.
58. On ne peut déroger non plus aux droits qui appartiennent au mari *comme chef*.
59. Le mari ne peut donc s'interdire à lui-même la libre disposition de ses biens.
60. Il ne peut restreindre non plus les droits que la loi lui confère sur les biens de la communauté.
61. Réfutation de l'opinion d'après laquelle il serait permis de stipuler que le mari ne pourra aliéner les conquêts sans le consentement de sa femme.
62. Quant aux droits du mari sur les biens de la femme, ils peuvent être restreints indéfiniment depuis ceux que confère la communauté légale jusqu'au cas de séparation de biens.
63. Application de ce principe au régime exclusif de la communauté.
64. Application du même principe au régime dotal; réfutation d'une opinion de M. Tessier.
65. Sous aucun régime, il ne peut être convenu que la femme pourra aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari. Nullité des procurations générales données pour cet effet dans le contrat de mariage.
66. Effet des autres procurations données par le mari à la femme dans le contrat de mariage; elles sont en général révocables.
67. Au contraire, les procurations données par la femme au mari sont en général irrévocables.
68. On ne peut déroger ni aux droits de correction, ni au droit d'usufruit légal conférés au père ou à la mère par le titre de la puissance paternelle; réfutation d'une opinion contraire de M. Zachariæ.
69. On ne peut déroger non plus aux droits conférés au survivant par le titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.
70. Ni à aucune des dispositions prohibitives du Code civil.
71. L'art. 1389 défend encore de changer l'ordre légal de la succession des enfants.
72. Les conventions analogues sur toute autre succession non ouverte restent prohibées par les règles générales.
73. Les époux ne peuvent s'interdire le droit de se faire des donations durant le mariage.
74. Ils ne peuvent se référer d'une manière générale à quelque ancienne coutume ou statut, ni à un ou plusieurs articles désignés de cette coutume.
75. Le renvoi à une ancienne coutume n'a pourtant rien d'illicite, quand le sens en est reproduit dans le contrat de mariage; et, ainsi entendu, l'art. 1390 s'applique aux testaments et autres actes, aussi bien qu'aux contrats de mariage.
76. Transition à la section suivante.

49. Les contrats de mariage ont toujours été traités avec une grande faveur, parce que ce sont, de tous les contrats, ceux qui intéressent le plus la conservation de la société. Aussi, les parties peuvent y faire non-seulement toutes les stipulations permises dans les contrats ordinaires, mais encore certaines conventions qui partout ailleurs seraient prohibées. En thèse

générale, par exemple, les donations entre vifs ne peuvent comprendre des biens à venir (C. civ., art. 943), ni être faites sous une condition potestative de la part du donateur (art. 944), ni imposer au donataire l'obligation de payer d'autres dettes ou charges que celles existant au moment de la donation (art. 945), ni profiter au donataire pour quelque objet compris dans la donation, dont le donateur se serait réservé la faculté de disposer et dont il n'aurait pas disposé en effet (art. 946). Toutes ces conventions pourtant sont autorisées dans les contrats de mariage (art. 947).

Les donations faites en faveur du mariage ne peuvent non plus être annulées sous prétexte du défaut d'acceptation (art. 1087), quoique, en principe, l'acceptation expresse du donataire soit indispensable pour la validité de la donation (art. 932).

50. Ces donations faites en faveur du mariage sont désignées en droit sous le nom de *donations contractuelles*. Elles font l'objet spécial des chapitres VIII et IX du titre *des donations entre vifs et des testaments*, et sortent dès lors du cadre de cet ouvrage, consacré exclusivement à l'explication du titre *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*. Nous en parlerons seulement au point de vue du droit d'enregistrement, pour apprécier les difficultés de perception auxquelles donnent lieu ces sortes de conventions dans les contrats de mariage (V. n^{os} 222 et suiv).

51. Si favorable pourtant que soit le contrat qui doit servir de fondement à une famille, on ne saurait y autoriser aucune convention contraire aux bonnes mœurs. L'art. 1387 du Code dispose donc: « La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, *pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs*, et en outre, sous les modifications qui suivent. »

Le mariage, en effet, étant comme le sanctuaire des mœurs, comment une convention immorale pourrait-elle y être tolérée, alors que dans les contrats ordinaires, qui n'ont pas à beaucoup près le même caractère de sainteté, ces conventions honteuses sont pourtant sévèrement proscrites? Il ne sera donc pas permis de stipuler, par exemple, que les époux auront des habitations séparées, ni que le mari ne pourra poursuivre l'adultère de la femme, ou la femme l'adultère du mari commis avec une concubine entretenue dans la maison conjugale. Il n'est pas à supposer, du reste, que des conventions aussi illicites se produisent jamais dans un pacte matrimonial.

52. Mais le point de savoir si une stipulation ou condition est contraire aux bonnes mœurs, peut présenter quelquefois des doutes sérieux.

Il existe notamment une grande dissidence d'opinions entre les auteurs, à l'égard de la condition de ne pas se remarier. Cette condition, qui était autorisée autrefois, mais que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II avaient proscrite, doit-elle, sous l'empire du Code civil, être considérée comme licite en ce sens que le second mariage fasse perdre à l'époux qui le contracte le don qui lui avait été fait sous cette condition ?

M. Delvincourt (1) semble considérer la condition comme valable dans tous les cas. M. Pezzani, auteur d'un traité *des empêchements de mariage* (2), la repousse d'une manière absolue. D'autres auteurs, enfin (3), déclarent la condition licite seulement lorsqu'elle est fondée sur un motif raisonnable, tel que l'intérêt des enfants issus du mariage (4). Nous n'hésitons pas à adopter ce dernier sentiment. Il est tout naturel, en effet, qu'un époux ne veuille pas que la libéralité qu'il fait à son conjoint puisse, par l'effet du second mariage de celui-ci, profiter à un étranger au détriment de ses enfants. Cette pensée est si légitime, que la loi elle-même prive la mère de l'usufruit légal des biens de ses enfants, quand elle vient à se remarier (art. 386).

Mais s'il n'existe pas d'enfants du mariage, la condition de ne pas se remarier ne peut guère avoir été dictée que par le désir de faire survivre la foi conjugale au delà des limites raisonnables ; et il n'y aurait pas lieu, ce nous semble, de s'y arrêter, à moins qu'on ne veuille supposer que pour ce cas encore le donateur songeait peut-être à l'avantage de ses parents, auxquels il devait espérer que son conjoint ferait du bien tant qu'il ne s'engagerait pas dans une seconde union.

Quoi qu'il en soit, le donateur qui veut assurer le plus possible l'effet de cette condition, doit l'exprimer, moins comme une peine qu'il entend infliger au donataire qui se remarierait, que comme une résolution de sa libéralité, stipulée dans l'intérêt de ses proches (5).

(1) T. II, p. 190 des notes. M. Vazeille, sur l'art. 900, n° 5, paraît du même sentiment.

(2) N°s 135 et suivants.

(3) MM. Duranton, t. VIII, n° 128, et Poujol, sur l'art. 900, n° 18.

(4) Conf., Limoges, 31 juillet 1839 (aff. Beauvit).

(5) La clause pourrait être rédigée comme il suit par le notaire : « Si toutefois le conjoint survivant vient à contracter une nouvelle union, la dona-

53. L'art. 1387 impose également aux futurs l'obligation de respecter toutes les règles d'ordre public que les articles suivants, c'est-à-dire les art. 1388, 1389 et 1390, énumèrent. Plusieurs de ces règles, comme on va le voir, peuvent donner lieu à des difficultés sérieuses.

L'art. 1388 d'abord dispose : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la puissance paternelle* et par le titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code. »

Reprenons en détail ces diverses prohibitions, qui toutes font naître des questions plus ou moins ardues.

54. Il est d'abord défendu de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la *personne* de la femme et des enfants.

Ainsi, la femme ne peut s'affranchir ni de la loi d'obéissance à son mari (C. civ., art. 213), ni de l'obligation d'habiter avec lui et de le suivre partout où il juge à propos de résider (art. 214), ni de la nécessité d'obtenir son autorisation ou celle de la justice pour ester en jugement (art. 215), ou pour faire le commerce (C. comm., art. 4).

En ce qui concerne les enfants, il ne peut être convenu que la femme aura la faculté d'autoriser ou d'empêcher leur mariage, leur adoption ou leur émancipation, sans le consentement ou contre le gré du mari.

Toutefois, comme dans certaines matières les limites exactes de l'autorité maritale sur la personne de la femme et des enfants ne sont pas nettement tracées par la loi, les conventions qui auraient pour objet de déterminer ces limites, quoiqu'elles ne soient pas rigoureusement obligatoires, pourraient pourtant, suivant les circonstances, être prises en quelque considération par les tribunaux.

55. Il est certain, par exemple, que la femme est obligée de suivre son mari, même quand il juge à propos de quitter la France et d'aller habiter en pays étranger. Cela fut expressément reconnu au conseil d'état, où l'on prononça la suppression d'un article du projet qui renfermait une disposition contraire (1).

tion à lui faite sera résolue, et les biens appartiendront aux enfants ou autres héritiers du donateur. »

(1) MM. Locré, sur l'art. 214, et Duranton, t. II, n° 435.

Cependant, comme le mari, de son côté, doit protection et assistance à sa femme, nous ne doutons pas que les tribunaux ne puissent, pour des raisons de santé comme pour des motifs de bienséance, dispenser la femme de suivre le mari dans un séjour qui serait dangereux pour elle (1). Mais ils ne doivent admettre cette excuse que dans des cas bien rares, quand il n'a été fait aucune convention sur ce point au moment où le mariage a été contracté; tandis qu'ils doivent l'accueillir plus aisément quand elle concourt avec une convention explicite, insérée dans le pacte matrimonial.

La femme donc qui stipulerait, en se mariant, qu'elle ne sera pas obligée de suivre son mari au delà des mers, pourrait, ce nous semble, tirer avantage de cette convention, si son mari voulait, en effet, la conduire dans une contrée lointaine, où des nouvelles de sa famille et de sa patrie ne viendraient qu'à de longs intervalles ranimer son courage. Si le mari n'a pas le droit de l'emmener dans une localité dont le mauvais air lui serait mortel, pourquoi pourrait-il la contraindre à aller habiter une plage éloignée, où elle serait exposée à mourir de nostalgie?

56. La clause du contrat de mariage par laquelle le mari autoriserait sa femme à faire ou à continuer un négoce, ne saurait non plus, dans la rigueur des principes, et malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui n'a nulle application à ce cas, lier le mari pour l'avenir et l'empêcher de rétracter son autorisation. Comment supposer, en effet, si les époux sont communs en biens, que le mari n'eût aucun moyen d'empêcher sa femme d'engager la communauté par un négoce ruineux, et sous tous les régimes, en général, qu'il ne pût empêcher sa femme d'exposer la liberté de sa personne par des obligations qui, de leur nature, emportent la contrainte personnelle?

Cependant, dans le cas même où l'autorisation maritale n'a été donnée qu'après le mariage, les auteurs reconnaissent à la femme le droit de se faire autoriser par justice à continuer le négoce, si le mari ne rétracte son autorisation que par caprice (2); à plus forte raison la femme serait-elle fondée à porter une semblable réclamation devant les tribunaux, quand c'est dans le contrat de mariage même que l'autorisation a été donnée.

(1) Cela a été jugé par le tribunal de Senlis, le 9 octobre 1835 (aff. de Pontalba).

(2) MM. Pardessus, t. I, n° 67; Toullier, t. XII, n° 159, et Molinier, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 169.

57. Pour ce qui concerne la personne des enfants, il est une convention aussi qui nous semble n'être pas sans importance; c'est celle par laquelle les futurs de religion différente conviennent que certains des enfants, les filles, par exemple, seront élevés dans la religion de la mère, et les autres dans la religion du père. M. Duranton (1) et M. Zachariæ (2) décident qu'une pareille convention n'est qu'un engagement d'honneur, qui, en droit, ne peut pas lier le mari (3).

Nous n'adoptons ce sentiment qu'avec quelques restrictions. En thèse d'abord, nous ne pensons pas que le mari puisse déterminer souverainement et sans contrôle la religion dans laquelle les enfants seront élevés, ni même l'éducation qu'ils doivent recevoir. L'art. 203 du Code, en effet, n'impose pas au mari seul l'obligation d'élever les enfants, il l'impose aussi à la mère; et si celle-ci n'est pas étrangère à l'obligation, elle ne doit pas non plus rester étrangère au droit qui en est le corrélatif nécessaire. Quant à l'obéissance que la femme doit au mari, elle ne saurait préjudicier à des devoirs de conscience.

Que conclure de là, sinon que, s'il y a dissentiment entre les époux sur l'instruction et l'éducation à donner à leurs enfants, la mère dont les convictions religieuses se trouvent froissées peut faire régler ce dissentiment par les tribunaux. Notre esprit, par exemple, se refuse à admettre que le mari qui abjurerait la religion qu'il professait lors du mariage, eût le pouvoir d'élever ses enfants dans la religion nouvelle qu'il aurait embrassée, sans que la mère pût y mettre obstacle et rendre les tribunaux juges de la légitimité de sa résistance.

Les conventions faites dans le pacte matrimonial relativement à la religion dans laquelle les enfants seront élevés, nous semblent donc avoir une importance réelle, en ce sens que, lorsqu'il n'est rien convenu sur ce point, la femme est censée consentir à ce que les enfants soient élevés dans la religion que professe alors le mari, tandis que, s'il intervient des conventions particulières, elle semble fondée, en cas d'inobservation ultérieure des accords, à soumettre ses réclamations aux tribunaux, qui doivent se décider par le plus grand intérêt moral des enfants.

58. Non-seulement les époux ne peuvent pas déroger aux droits du mari sur la *personne* de la femme et des enfants, mais encore ils ne peuvent pas déroger aux droits *qui appartiennent*

(1) T. XIV, n° 24.
(2) T. III, p. 402.
(3) *Junge* M. Taulier, *Théorie du Code civil*, t. V, p. 19.

au mari comme chef, et il est sensible que cette seconde défense prononcée par l'art. 1388 a particulièrement trait aux droits du mari sur *les biens*.

Nous allons examiner la portée de cette prohibition, d'abord relativement aux biens personnels du mari, puis eu égard à ceux de la communauté, puis enfin, eu égard à ceux de la femme.

59. Il est indubitable d'abord, que le mari ne peut, par le contrat de mariage, s'interdire ni en tout ni en partie la disposition de ses biens personnels (1). Il peut sans doute faire à sa femme dans ce contrat telle donation de ses biens que bon lui semble; mais, pour les biens qu'il conserve, s'interdire le droit d'en disposer, ou se soumettre à la condition d'une autorisation de sa femme, ce serait de sa part une abdication honteuse et de prince devenir sujet.

60. Peut-il, en second lieu, restreindre les droits que la loi lui confère sur les biens de la communauté?

Nous allons rencontrer ici d'imposantes autorités qui s'accordent à décider l'affirmative; mais, forts du texte de la loi devant lequel toute autre autorité doit nécessairement céder, nous n'hésitons pas à répondre négativement.

Tous les auteurs, du reste, conviennent que le mari ne pourrait pas se dépouiller entièrement de l'administration de la communauté pour en investir la femme, parce que ce serait se placer évidemment sous la dépendance de cette dernière (2). Mais M. Toullier (3), M. Duranton (4), M. Battur (5), M. Zachariæ (6), c'est-à-dire tout ce que le Code peut avoir en cette matière d'interprètes plus accrédités, enseignent uniformément qu'à l'égard des acquêts de la communauté, on peut valablement convenir que le mari n'aura pas la faculté de les aliéner sans le consentement de sa femme.

61. Nous concevrions une pareille distinction, si l'art. 1388 n'existait pas. La raison, en effet, pourrait peut-être se contenter

(1) V. les paroles de M. Tronchet (M. Locré, t. XIII, p. 163). V. aussi civ. cass., 7 septembre 1808 (Int. de la loi, aff. Galli).

(2) V. MM. Toullier, t. XII, nos 307 et 308, et Duranton, t. XIV, no 268.

(3) *Loc. cit.*, no 309. — Nous verrons plus bas qu'en ceci, M. Toullier n'est pas conséquent avec le système qu'il a mis en avant et qu'il a longuement développé, à savoir : que la femme n'est pas commune en biens durant le mariage, et, en conséquence, qu'elle n'est pas copropriétaire des biens qui composent la communauté. V. sur cette théorie, *infrà*, nos 293 et suiv.

(4) *Loc. cit.*, no 266.

(5) T. II, no 549.

(6) T. III, p. 401, note.

de quelque légère prédominance accordée au mari dans l'administration des biens de la communauté. Mais l'art. 1388 est précis. *On ne peut déroger aux droits du mari comme chef*, c'est-à-dire particulièrement *comme chef de la communauté*, car c'est à ce régime que le mot de *chef*, peu usité dans les anciens pays de droit écrit, a été emprunté (1).

Vainement M. Toullier essaye-t-il d'échapper au texte en disant qu'il s'agit là des droits du mari sur la personne de la femme, et non pas de ses droits sur les biens. Il est clair, au contraire, qu'il s'agit des droits sur les biens, puisque dans la première partie de l'article il est question des droits sur les personnes de la femme et des enfants, et qu'on ne doit jamais supposer dans la loi de redondance (2).

Or, c'est au même titre, au titre de *chef de la communauté*, que le mari a le droit d'administrer les biens communs, droit qui comprend celui d'aliéner ces biens (art. 1421).

En admettant d'ailleurs la doctrine que nous combattons, on serait obligé de reconnaître aussi que le mari peut s'interdire le droit d'hypothéquer les conquêts comme celui de les vendre, et l'on arriverait nécessairement à conclure que le payement des dettes contractées par lui sans l'assentiment de sa femme ne pourrait être poursuivi sur ces mêmes biens. Qui ne voit que ce serait démolir pièce à pièce tout le système de la communauté, au grand détriment des tiers, qui ne pourraient plus traiter en sûreté avec le mari, et des époux eux-mêmes, qui seraient exposés à des discussions journalières?

Si d'ailleurs la résistance de la femme était injuste, il faudrait bien que le mari eût quelque moyen de la vaincre. Il s'adresserait donc à la justice. Mais cela serait-il digne? Vit-on jamais un mari demander en justice une autorisation à sa femme?

Pourquoi d'ailleurs ne pourrait-on pas restreindre les droits du mari quant à l'administration elle-même, convenir, par

(1) « Le mari, disait Renusson, est *chef* et maître de la communauté » ch. VI, n° 1.

(2) Nous ajouterons qu'on peut invoquer à l'appui de cette observation les discussions qui ont eu lieu au conseil d'état. On y voit, en effet, que M. Maleville proposa, par un amendement auquel se réunit plus tard M. Bigot Préameneu, la suppression des mots : « ou qui appartiennent au mari comme chef, » dans l'art. 1388. Mais l'amendement fut rejeté sur l'observation que toutes les expressions de l'article avaient leur signification, les unes ayant pour objet l'autorité du mari sur la personne de sa femme, les autres ayant pour objet son autorité sur les biens (v. M. Locré, t. XIII, p. 167 et suiv.).

exemple, qu'il ne sera point libre de passer, sans la permission de sa femme, des baux de plus d'une année? Ne suffirait-il pas, pour ne pas renverser complétement les rôles, que le mari conservât sur l'épouse quelque insignifiante supériorité?

Certes, si le système de la communauté pouvait être ainsi démantelé, c'est bien à tort que les auteurs du Code civil auraient relégué le régime dotal au second rang; car les inconvénients de l'inaliénabilité du fonds dotal ne sont rien auprès de ceux qu'engendrerait inévitablement, dans une pareille communauté, les dissentiments journaliers des époux.

Pourquoi d'ailleurs nos anciennes coutumes donnaient-elles au mari sur la communauté des droits à peu près aussi étendus que sur ses biens propres? « C'est, dit Renusson, ch. VI, n° 6, afin qu'ayant plus de liberté sur les biens de la communauté, cela l'excitât à les augmenter. » Or, qui ne voit que la clause dont nous parlons, loin d'encourager le mari à faire des acquisitions, devrait, au contraire, l'en éloigner? Aussi, chercherait-on vainement dans les anciens auteurs quelque précédent favorable à cette clause : aucun d'eux ne l'a prévue; c'est apparemment parce qu'elle est trop ouvertement hostile au principe de la communauté, pour qu'elle ait pu se présenter à leur esprit comme possible.

Admettre donc la validité de restrictions semblables au pouvoir marital, c'est méconnaître le principe même des droits du mari sur la communauté, méconnaître par conséquent l'esprit des anciennes coutumes, qui toutes l'en déclaraient *seul maître et seigneur*, violer dès lors la tradition des âges aussi bien que le texte positif du Code, et semer au début de la vie conjugale un germe pernicieux d'embarras et de dissensions.

Nous croyons en avoir assez dit pour réfuter M. Toullier et ses adhérents, et conclure avec certitude que les droits du mari sur les biens de la communauté ne peuvent souffrir aucune atteinte des conventions matrimoniales (1).

62. Arrivons donc aux droits du mari sur les biens personnels de la femme, et voyons les restrictions qui peuvent y être apportées suivant les divers régimes.

Peut-on d'abord, quand les époux veulent se marier en communauté, apporter quelques restrictions au droit du mari sur les propres de la femme? Convenir, par exemple, que le premier

(1) M. Taulier, dont le t. V nous est parvenu après que ces réflexions étaient écrites, partage notre sentiment (v. *Théorie du Code civil*, t. V, p. 85).

ne pourra pas, sans l'assentiment de la seconde, donner les propres de celle-ci à loyer ou à ferme? La négative résulterait de la discussion à laquelle on vient de se livrer sur la question précédente, si les droits que le mari exerce sur les propres de sa femme tenaient à sa qualité de chef de la communauté.

Mais il n'en est pas ainsi. « Il ne suffit pas, dit Renusson (1), à la femme qui veut avoir l'administration de son bien, et en jouir séparément de son mari, de stipuler par son contrat de mariage qu'il n'y aurait point de communauté; car nonobstant cette stipulation le mari aurait droit de jouir du bien de sa femme, d'en avoir l'administration, et d'en percevoir les fruits et les faire siens, pour soutenir les charges du mariage, qui sont de nourrir la femme et les enfants, et de pourvoir à ce qui leur est nécessaire; *c'est la puissance maritale qui donne ce droit au mari de jouir des biens de sa femme, ce n'est pas la communauté.* En effet, le mari a ce droit et cette prérogative en pays de droit écrit, où il n'y a point de communauté, etc... » L'administration de ses propres laissée à la femme n'est donc nullement inconciliable avec l'idée de communauté.

Pothier disait en effet (2) : « La femme pouvant valablement convenir qu'elle jouira séparément de tous ses biens, il s'ensuit qu'elle peut pareillement convenir valablement qu'elle jouira séparément d'un certain héritage, des revenus duquel elle pourra disposer à son gré pendant tout le temps que le mariage durera, et *établir au surplus une communauté de biens avec son époux.* C'est une conséquence de ce principe que *qui peut le plus, peut le moins.* »

Bourjon était du même sentiment, et différait seulement de *Pothier en ce qu'il attribuait* à la communauté les acquisitions faites par la femme au moyen de ses épargnes sur les revenus, tandis que Pothier voulait que ces acquisitions demeurassent propres à la femme; et ce qui prouve que les auteurs du Code civil n'ont pas considéré non plus la communauté comme incompatible avec la jouissance de certains biens réservés à la femme, c'est qu'ils ont permis expressément la stipulation d'une communauté d'acquêts sous le régime dotal, où la femme, comme on sait, a l'administration et la jouissance de ses paraphernaux (art. 1581).

63. Cela posé, on doit à plus forte raison décider que, sous

(1) I^re^ partie, ch. IX, n° 1.
(2) *Traité de la communauté*, n° 466.

le régime simplement exclusif de communauté, où le mari profite des revenus de sa femme sans que celle-ci ait la chance de profiter des acquêts, la femme peut valablement se réserver l'administration et la jouissance de quelqu'un de ses biens. Le Code, au surplus, déclare lui-même, dans l'art. 1534, que la clause d'exclusion de communauté ne fait pas obstacle à ce qu'il soit convenu que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels, et la disposition de cet article ne saurait être considérée comme restrictive, car, dit très-bien Pothier, les époux pouvant stipuler une séparation complète, doivent nécessairement pouvoir stipuler une séparation partielle.

64. La même doctrine doit être suivie à l'égard des biens dotaux. M. Tessier, toutefois, est d'un avis opposé (1). « Il ne peut être convenu dans le contrat de mariage, dit cet auteur recommandable, que la femme aurait l'administration soit des biens dotaux, soit de la société d'acquêts qui aurait été stipulée. La loi donne en effet au mari seul l'administration des biens dotaux et de ceux de la communauté. Or, ce droit, qui est une suite de l'union conjugale, tient à l'ordre public, car la femme serait indépendante, s'il lui était permis d'avoir le sceptre du ménage et de régir les biens dotaux ou ceux de la communauté. » M. Tessier cite ensuite, à l'appui de son opinion, ce que dirent au conseil d'état M. Treilhard et M. Tronchet, qui tous deux, en effet, semblaient supposer qu'on ne pouvait enlever au mari l'administration de la dot.

On voit que M. Tessier, à la suite de MM. Treilhard et Tronchet, considère l'administration de la dot comme aussi inhérente à la personne du mari que celle de la communauté; mais cette assimilation nous semble fort inexacte. De quoi se compose la communauté? De biens qui, pour la plupart, n'ont jamais appartenu à la femme. On comprend dès lors aisément que le mari ne puisse se mettre en tutelle, pour ainsi dire, relativement à ces biens, pas plus que relativement à ses biens propres. Mais, quant aux biens dotaux, c'est bien différent. Puisqu'ils ne se composent que de biens appartenant en propre à la femme, il est tout simple que celle-ci puisse modifier, à leur égard, les droits du mari. Elle pourrait, chacun en convient, se réserver tous ses biens comme paraphernaux; c'est dès lors le cas de re-

(1) T. I, p. 86.

dire avec Pothier, qui n'est ici que l'écho de la raison, *qui peut le plus, peut le moins.*

Nous concevons qu'on puisse disputer sur la qualité d'un bien stipulé dotal, mais dont la femme s'est réservé en tout ou en partie l'administration, qu'on puisse prétendre que ce bien est en réalité paraphernal, et partant aliénable, que le mari tout au moins n'est pas tenu des charges de l'usufruitier, si, de fait, la femme a seule joui. Mais considérer comme sans aucun effet une clause par laquelle une femme s'est réservé en tout ou en partie la jouissance d'un bien qui lui appartient, et à laquelle elle attache peut-être un grand prix d'affection, parce que ce bien, à tort ou à raison, aura été déclaré dotal ou confondu avec les biens dotaux, c'est ce qui nous semble peu juste et peu raisonnable.

65. S'agit-il enfin des biens d'une femme séparée, ou des paraphernaux d'une femme mariée sous le régime dotal, la femme, on le sait, a la libre jouissance de ces biens, sans qu'il soit nécessaire de l'exprimer dans le pacte matrimonial. Mais, dans aucun cas, *ni à la faveur d'aucune stipulation*, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice (art. 1538 *et 1576*). « *Toute* autorisation générale d'aliéner les immeubles, continue l'art. 1538, donnée à la femme, *soit par contrat de mariage*, soit depuis, est nulle. » L'art. 223 dispose de même : « Toute autorisation générale, *même stipulée par contrat de mariage*, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. »

Ces textes nous fournissent l'occasion naturelle d'expliquer les effets des autorisations ou procurations données dans le contrat de mariage, soit par le mari à sa femme, soit par la femme à son mari.

66. Quant aux autorisations données par le mari, il faut distinguer celles qui ont trait à ses biens personnels ou à ceux de la communauté, de celles qui ont trait aux biens de la femme.

Il est indubitable que le mari peut, par le contrat de mariage comme depuis, confier l'administration de ses biens personnels, ou de ceux de la communauté, à sa femme, qu'il peut aussi lui donner l'autorisation d'aliéner tel immeuble spécial faisant partie de ces biens. Mais ces autorisations, quoique contenues dans le contrat de mariage, ne doivent jamais dépasser les limites du mandat ordinaire, et sont par conséquent toujours révocables au

gré du mari. C'est la conséquence nécessaire du principe posé plus haut, d'après lequel le mari ne peut pas plus restreindre en ses mains le droit de disposer de ses biens ou de ceux de la communauté, qu'un souverain ne peut se dépouiller des attributs essentiels de la souveraineté.

Le mari peut, par la même raison, tant que l'aliénation n'est pas consommée, rétracter l'autorisation spéciale qu'il aurait donnée à la femme, de vendre quelque immeuble propre à celle-ci. La nécessité d'une autorisation spéciale du mari pour l'aliénation des immeubles de la femme, quel que soit le régime sous lequel celle-ci est mariée, est en effet une sorte de droit de tutelle conféré au mari sur la femme, un droit par conséquent dont le mari ne peut jamais s'interdire l'exercice pour l'avenir. Le retrait que fait le mari de l'autorisation n'est pas susceptible d'ailleurs de causer à la femme de préjudice grave, puisque celle-ci peut alors s'adresser à la justice.

Mais s'il s'agit enfin d'un pouvoir général donné, dans le contrat de mariage, par le mari à la femme, pour l'administration des biens de celle-ci, le mari peut-il également le révoquer? Il le peut encore, sans doute, quand il résulte clairement de l'ensemble du contrat qu'il n'avait entendu donner qu'un mandat provisoire et momentané, car dans le contrat de mariage, comme dans tous les autres contrats, c'est avant tout l'intention commune des parties qu'il faut rechercher. Mais, à défaut de circonstances semblables, le pouvoir ne peut pas être révoqué, parce qu'il est de principe que le mandat devient irrévocable toutes les fois qu'il forme une condition d'un contrat irrévocable de sa nature. « *Mandatum*, dit Dumoulin, *dependens a contractu irrevocabili... non potest morte nec alio casu revocari, nec est proprie mandatum, sed compactum* (1). »

67. Cela posé, il est évident que tout mandat donné par la femme au mari, dans le contrat de mariage, est pareillement irrévocable, toutes les fois qu'il n'apparaît pas d'une intention contraire. Ce pouvoir, en effet, tendant à fortifier de plus en plus la puissance maritale, n'a rien, aux yeux de la loi, que de favorable.

La femme ne pourrait donc révoquer le pouvoir qu'elle aurait donné au mari, soit d'administrer quelqu'un de ses biens paraphernaux ou d'en jouir, soit d'aliéner quelqu'un

(1) *Extrict. III labyrint. sexdecim legum*, t. IV, p. 711, n° 117.

de ses immeubles, ou propre, ou dotal, ou paraphernal (1).

Vainement, pour contester l'effet irrévocable de ce dernier pouvoir, argumenterait-on de l'art. 1428, qui défend au mari d'aliéner les propres de sa femme sans le consentement de celle-ci, et de la disposition finale de l'art. 1388, qui défend de déroger dans le contrat de mariage aux dispositions prohibitives du Code. L'art. 1428, en effet, est respecté, dès que la femme a donné son consentement anticipé, et l'on ne s'expliquerait pas d'ailleurs comment la femme qui peut, en améublissant complétement ses immeubles, en laisser la pleine disposition au mari sans récompense, ne pourrait pas lui concéder irrévocablement le droit d'aliéner ses propres, droit beaucoup moins onéreux pour elle, puisque la communauté lui doit alors récompense.

68. Passons aux autres prohibitions contenues dans l'art. 1388, lesquelles présentent beaucoup moins de difficultés.

« Les époux, dit la loi, ne peuvent déroger *aux droits conférés au survivant par le titre de la puissance paternelle.* » Donc ils ne peuvent déroger ni au droit de correction, ni au droit d'usufruit *légal, accordés par ce titre au père* d'abord, et, à son défaut, à la mère.

On est surpris qu'un auteur aussi grave que M. Zachariæ (2) ait pu contester cette conséquence en ce qui concerne l'usufruit légal, sous le prétexte que ce droit s'exerce aussi bien durant le mariage qu'après sa dissolution, qu'il n'est donc pas attaché à la qualité de *survivant*, et que, d'autre part, il ne rentre pas dans les droits sur la *personne* des enfants, dont parle la première partie de l'article, puisqu'il s'agit là d'un droit sur les biens. Comment comprendre, en effet, qu'on pût déroger à l'usufruit légal pour toute la durée du mariage, tandis qu'on ne le pourrait pas pour le temps où il serait dissous? Où serait la raison d'une pareille bizarrerie?

Si la loi emploie l'expression de *survivant*, c'est pour embrasser sous une seule dénomination le père et la mère.

Une pareille stipulation aurait d'ailleurs un autre vice, c'est que nul ne paraîtrait avoir qualité pour s'en prévaloir, ni l'autre époux qui n'y aurait aucun intérêt, ni les enfants qui ne sauraient se prévaloir d'une convention faite à une époque où ils n'étaient pas encore nés; car, en thèse générale, on ne peut établir des obligations qu'en faveur de personnes vivantes.

Enfin l'usufruit légal a toujours été considéré comme une con-

(1) M. Tessier, t. II, p. 384.
(2) T. III, p. 401, note 3.

séquence de la puissance paternelle, et une sorte de dédommagement des soins et des dépenses que les enfants coûtent à leurs parents.

Aussi l'opinion de M. Zachariæ se trouve-t-elle encore formellement condamnée par ce que dirent au conseil d'état M. Treilhard et M. Berlier. « L'article en discussion, disait M. Treilhard, ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient le père de son pouvoir sur la personne de ses enfants et *de l'usufruit de leurs biens*. »

M. Berlier, de son côté, après avoir dit qu'on ne pouvait par des conventions modifier les lois de la tutelle, ajoutait: « Ne faut-il pas en dire autant *de la jouissance des revenus de l'enfant attachée au droit de garde* et à l'autorité que la loi donne au survivant des époux (1)? »

69. Les époux ne peuvent pas non plus déroger aux droits conférés au survivant par le titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, restreindre, par conséquent, le droit de tutelle conféré par la loi à la mère survivante, ou le droit qu'elle a d'émanciper ses enfants parvenus à l'âge de quinze ans.

Les discussions du conseil d'état ne laissent sur ce point aucun doute. Le consul Cambacérès avait avancé qu'il n'y avait point de motif de défendre la stipulation par laquelle des parents sages, craignant que la femme jeune encore ne puisse porter le poids de la tutelle, conviendraient que, dans le cas de la mort du mari, elle ne deviendrait point tutrice avant l'âge de vingt-cinq ans. « La prohibition imposée à cet égard par la loi, répondit M. Berlier, cesse d'être une entrave, et n'est plus qu'un acte de justice et de respect pour le lien conjugal, quand le mari peut donner un conseil à sa femme: voilà son droit; au delà commence celui de la femme (2). »

On ne saurait déroger non plus au droit qu'a la mère survivante de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants mineurs (art. 149 et 346), quoique ce droit lui soit conféré par les titres du mariage et de l'adoption, et non point par ceux de la puissance paternelle ou de la tutelle. Il est évident que dans l'esprit de la loi tout ce qui regarde l'étendue ou les limites de l'autorité du père ou de la mère sur la personne des enfants sort du domaine des conventions privées.

70. L'art. 1388 défend enfin de déroger *à aucune des disposi-*

(1) V. M. Locré, t. XIII, p. 166 et 169.
(2) M. Locré, t. XIII, p. 165 et 168.

tions prohibitives du Code, par exemple, à aucune de celles portées par les art. 215, 217 (1), 791, 1098, 1130, 1399, 1422, 1449, 1451, 1454, 1521, 1538 et nombre d'autres ; et il est à remarquer que de pareilles dérogations ne sauraient être autorisées, sous le prétexte qu'on aurait pu valablement faire d'autres stipulations plus désavantageuses à l'époux auquel la dérogation préjudicie. La loi, en effet, ne peut pas empêcher un époux de se dépouiller dans son contrat de mariage de tout ou partie de sa fortune, mais elle doit le prémunir contre des autorisations ou des renonciations imprudentes dont il n'apercevrait pas tout d'abord les inconvénients. La femme, par exemple, peut bien sans nul doute ameublir tous ses immeubles ou même donner tous ses biens présents à son mari, mais elle ne pourrait pas donner à celui-ci, contrairement à l'art. 1422, le droit de disposer à titre gratuit d'un immeuble de la communauté, quand même il s'agirait d'une communauté réduite aux acquêts.

71. L'art. 1389 ajoute une autre prohibition à celles qui résultent de l'art. 1388. Aux termes de cet article, en effet, les époux « ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux ; sans préjudice, ajoute l'article, des donations entre vifs ou testamentaires, qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent Code. »

Chacun des époux est libre, sans doute, de disposer, comme bon lui semble, en faveur de l'autre, des biens qu'il laissera à son décès, dans les limites tout au moins de la quotité disponible ; mais ils ne peuvent pas plus régler la succession de leurs enfants que celle de toute autre personne, sauf l'application des règles des substitutions fidéi-commissaires. Autrement, ce serait les autoriser à s'ériger en législateurs. Ils ne pourraient convenir, par exemple, que la succession des enfants appartiendra en entier au père à l'exclusion de la mère, ni qu'elle appartiendra au frère aîné pour une plus forte part qu'aux puînés.

72. En réprouvant toute convention dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, l'art. 1389 ne parle nommément que des stipulations relatives à la succession des enfants ;

(1) La portée de l'art. 217, d'après lequel la femme ne peut aliéner sans l'autorisation de son mari, se trouve toutefois restreinte par les dispositions des art. 1449, 1536 et 1576, ainsi qu'on le verra dans la suite.

mais celles qui concerneraient la succession de toute autre personne sont frappées de la même prohibition par les dispositions des art. 791 et 1130 du Code, auxquels l'art. 1388 défend, comme on l'a vu, de déroger, puisqu'il interdit toute dérogation à des lois prohibitives. La seule exception que comporte ce principe est celle relative aux institutions contractuelles et aux donations de biens présents et à venir, que le Code autorise expressément dans les contrats de mariage.

Par application de ce principe, il a été jugé que la clause par laquelle un époux avait déclaré donner à son conjoint tous les biens qu'il laisserait à son décès, à l'exception de ceux qui lui seraient advenus du chef de sa mère, *lesquels feraient retour à ses héritiers maternels*, n'avait pu conférer à ces héritiers aucun droit exclusif vis-à-vis des héritiers de la ligne paternelle (1). Cette clause équivalait, en effet, à une disposition de biens en faveur de certains héritiers, laquelle ne pouvait avoir lieu que suivant les règles ordinaires des dons entre vifs ou des testaments.

Rien n'empêche cependant que les époux, en se soumettant au régime de la communauté, n'excluent les héritiers collatéraux du partage de la communauté. Cette clause équivaut, en effet, à une donation conditionnelle au profit de l'époux survivant, de la part de l'autre dans la communauté; et cette dernière stipulation étant permise par l'art. 1525, même quand il existe des enfants, est à plus forte raison licite pour le cas où les époux ne laissent que des collatéraux (2).

73. Les époux pourraient-ils s'interdire dans le contrat de mariage, le droit de se faire l'un à l'autre des libéralités après le mariage contracté ? La négative paraît certaine. La loi a remédié suffisamment aux inconvénients possibles de ces libéralités, en les déclarant révocables dans tous les cas au gré du donateur (art. 1096), et il ne doit pas être plus permis aux époux de créer des incapacités que la loi ne prononce point, que de faire cesser celles qu'elle prononce. C'est, au surplus, le sentiment de la grande majorité des auteurs (3).

74. L'art. 1390 pose une dernière prohibition : « Les époux,

(1) Bruxelles, 16 mars 1824 (hrs Tournay).

(2) M. Zachariæ, t. III, p. 404, note 12.

(3) V. MM. Toullier, t. XII, n° 18; Bellot, t. I, p. 16; Zachariæ, t. III, p. 404, note 11. Un arrêt de rejet de la cour suprême du 31 juillet 1809 a jugé la question dans le même sens (aff. Tiercelin).

M. Taulier, t. V, p. 20, est le seul auteur, à notre connaissance, qui soit d'un avis contraire.

porte ce texte, ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées par le présent Code. »

Le motif de cette prohibition s'aperçoit aisément. L'objet principal du Code civil était de procurer à la France l'inappréciable bienfait d'une législation uniforme, en abrogeant les nombreuses coutumes qui jusqu'alors s'étaient disputé, pour ainsi dire, son territoire, et ce but eût été manqué, si l'on avait permis aux époux de faire revivre à leur gré ces législations éteintes.

La clause par laquelle les époux déclareraient soumettre leur association à l'ancienne coutume de Bretagne, de Normandie, etc., serait donc nulle, et les époux se trouveraient régis par les règles de la communauté légale, sauf les dérogations qui pourraient résulter d'autres clauses explicites du contrat de mariage.

Bien plus, il n'est pas permis aux époux de se référer, pour un point particulier, à un article déterminé d'une ancienne coutume. L'opinion contraire, échappée à M. Toullier dans une note de son ouvrage (1), est une erreur manifeste que les auteurs et la jurisprudence ont justement condamnée (2). Si les époux, en effet, pouvaient se référer valablement à un article de la coutume, ils pourraient se référer à deux, à trois, à une section, à tout un chapitre, etc.; ainsi la prohibition de la loi serait éludée et le but en serait complétement manqué. C'est ce que la raison ne peut admettre.

A la vérité, la loi interdit seulement aux époux de déclarer *d'une manière générale* que leur association sera réglée par quelque statut abrogé. Mais ces mots, *d'une manière générale*, dont argumente M. Toullier, signifient seulement que les époux peuvent s'approprier quelque disposition d'une ancienne coutume, pourvu qu'ils en transcrivent le texte ou en consignent le sens dans leur contrat de mariage; car il suffit, pour remplir le vœu de la loi, que les époux comme les tiers n'aient besoin, pour connaître les règles de l'association conjugale, que de rapprocher le contrat de mariage des dispositions du Code civil.

(1) V. t. XII, n° 7.

(2) MM. Duranton, t. XIV, n° 3; Zachariæ, t. III, p. 406, note 14; Poitiers, 16 mars 1826 (aff. Guérin); Grenoble, 6 juin 1829 (aff. Brun). Le pourvoi formé contre ce dernier arrêt a été rejeté par la cour de cassation, le 28 août 1833. Ajoutons, cependant, qu'en ce qui concerne les contrats de mariage passés sous l'empire de la loi du 17 niv. an II, il a été expressément jugé que les époux pouvaient, en stipulant un douaire, s'en référer, pour le règlement, aux dispositions d'une ancienne coutume. Angers, 31 mars 1830 (aff. Tréton).

75. Les parties peuvent même, après avoir consigné dans le contrat la disposition de quelque ancien statut, renvoyer à l'article de la coutume auquel ils l'ont empruntée. Mais cette addition n'ajoute rien à la force et à l'autorité de la clause, et n'autoriserait point la Cour de cassation à casser, comme ayant violé la coutume, l'arrêt qui aurait interprété la disposition autrement qu'on ne le faisait autrefois. Elle peut seulement aider les juges du fait à saisir la véritable intention des parties, quand les termes du contrat présentent quelque obscurité (1).

76. Le nouveau législateur, on vient de le dire, a voulu que les époux et les tiers avec qui ils contractent ne fussent jamais obligés d'aller fouiller dans de vieux livres pour connaître les règles de leur association, mais il a dû leur laisser toute latitude pour le choix des régimes qu'il a lui-même établis. Cela nous amène à indiquer sommairement ces divers régimes, dont l'explication détaillée fait l'objet des chapitres qui suivent le présent exposé des règles générales.

SECTION IV.

DES DIVERS RÉGIMES QUE LES ÉPOUX PEUVENT EMBRASSER, DE LEUR DURÉE ET DE LEURS COMBINAISONS.

Sommaire.

77. Les époux sont libres de choisir leur régime.
78. Il y a, en réalité, quatre régimes bien distincts : celui de la communauté, le régime dotal, le régime exclusif de la communauté, et le régime de la séparation de biens; caractères principaux de chacun d'eux.
79. Les époux peuvent imprimer à un régime des caractères qui n'appartiendraient naturellement qu'à un autre.

(1) Ainsi entendue, la disposition de l'art. 1390 doit s'appliquer aux testaments et autres actes aussi bien qu'aux contrats de mariage. Si donc la volonté du testateur peut être saisie sans qu'il soit indispensable de consulter la coutume à laquelle il s'est référé, ses dispositions doivent être exécutées. Req. rej., 19 juillet 1810 (Millavaux c. Chazerat). Elles sont nulles, au contraire, s'il est impossible de saisir la volonté du disposant sans recourir à la coutume; car il ne doit pas être plus permis de renvoyer simplement à une législation abrogée qu'à la loi d'un autre pays, et ce n'est que la volonté exprimée personnellement par le testateur qui peut l'emporter, pour la distribution de ses biens, sur la volonté de la loi régnante. Req. rej., 23 décembre 1828 (aff. Lanos).

C'est à tort que M. Zachariæ, t. III, p. 406, note 15, cite les deux arrêts précités de la cour de cassation comme étant en opposition. Ils se concilient, au contraire, parfaitement, au moyen d'une distinction aussi simple que raisonnable.

80. Quel que soit le régime stipulé, ses effets ne peuvent ni précéder le mariage, ni lui survivre, ou se prolonger après la séparation de corps ou de biens.

81. On ne peut stipuler que la communauté commencera seulement d'un jour déterminé, postérieur à la célébration du mariage (art. 1399).

82. On ne peut non plus stipuler la communauté sous une condition suspensive ou résolutoire. Réfutation de la doctrine contraire, professée par plusieurs auteurs.

83. Suite.

84. On ne saurait du moins considérer comme valable la condition qui subordonnerait la communauté à la survenance d'enfants du mariage.

85. On peut toutefois stipuler un terme ou une condition pour les régimes exclusifs de la communauté, pourvu que la condition ne soit ni purement potestative, ni de nature à entraîner des effets immoraux.

86. La soumission au régime dotal doit être expresse; renvoi.

77. Les époux, porte l'art. 1391, « peuvent déclarer, d'une manière générale, qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal. — Au premier cas, et sous le régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre. — Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III. »

78. Il semblerait résulter de ce texte que le Code ne reconnaît et ne règle que deux régimes d'association conjugale. Mais, quoique ses auteurs aient placé, au chapitre de la communauté, les règles relatives soit au cas où les époux déclarent simplement exclure la communauté, soit au cas où ils stipulent qu'ils seront séparés de biens, il est évident que ces cas ne peuvent pas être considérés comme de simples modifications de la communauté, puisqu'ils en excluent le premier principe. Aussi tous les auteurs s'accordent-ils à reconnaître quatre régimes d'association conjugale, savoir: le régime de la communauté légale ou conventionnelle, le régime dotal, le régime simplement exclusif de la communauté, et enfin le régime de la séparation de biens.

Le caractère distinctif de la communauté, c'est que certains biens possédés par les époux avant leur mariage, et, dans tous les cas, les biens acquis depuis, deviennent communs à tous deux, pour être partagés entre eux ou leurs représentants à la dissolution de la communauté, ou, en cas de convention expresse, appartenir au survivant (1).

(1) On pourrait dire plus brièvement que le caractère propre de la communauté, c'est la chance pour la femme de profiter de la fortune ou des acquisi-

Le trait distinctif le plus marqué du régime dotal, c'est que le mari profite des revenus des biens dotaux de la femme, sans que ces biens, en principe, puissent être aliénés ni obligés.

Le caractère principal du régime simplement exclusif de communauté, c'est que le mari jouit de tous les biens de la femme, sans que ces biens cessent d'être à la libre disposition des époux.

Enfin, le caractère propre du régime de la séparation de biens, c'est que le mari ne jouit d'aucun des revenus de la femme, dont les biens d'ailleurs restent aliénables comme sous le régime précédent.

Ce sont là, disons-nous, les caractères distinctifs les plus saillants de chaque régime. Quant aux dissemblances moins importantes, l'exposé que nous en ferions en ce moment serait prématuré.

Mais il est trois questions intéressantes qui trouvent ici leur place naturelle, parce qu'elles dominent tous les régimes. La première est celle de savoir si les règles des divers régimes peuvent être combinées, en ce sens que les époux puissent ajouter à celui qu'ils choisissent quelque caractère qui, naturellement, n'appartient qu'à un autre. La seconde consiste à savoir quel est l'espace de temps que le régime adopté doit régir. La troisième, si les époux peuvent valablement convenir dans le contrat de mariage, que jusqu'à telle époque ou tel événement ils seront mariés sous un régime, et à partir de cette époque ou de cet événement, sous un autre.

79. L'affirmative de la première question ne semble pas susceptible de difficulté, dès que les règles empruntées à des régimes différents n'ont par leur nature rien d'antipathique. Si le législateur a autorisé divers régimes, c'est évidemment parce que chacun a ses avantages et ses inconvénients. Il est naturel, dès lors, que les parties contractantes cherchent à prendre, à la fois, dans chacun, ce qui paraît le plus conforme à leurs communs intérêts. C'est pour ce motif que l'art. 1581 autorise expressément les époux qui se marient sous le régime dotal, à stipuler une société d'acquêts.

Mais cet article n'a évidemment rien de limitatif, et n'est que l'application du principe plus général que nous venons de poser.

tions du mari, par le seul effet de l'association conjugale. Cette chance, en effet, n'existe dans aucun autre régime, à moins qu'une stipulation de communauté d'acquêts n'en ait changé le caractère; mais alors c'est réellement le régime de la communauté qui prédomine.

Les époux qui se marient sous le régime de la communauté ou sous le régime exclusif de la communauté, peuvent stipuler, par exemple, que les propres de la femme seront inaliénables comme sous le régime dotal (1).

M. Bellot (2), tout en admettant la stipulation d'inaliénabilité sous ces régimes, ne l'admet point pour les biens dont la femme a la libre jouissance, c'est-à-dire dans le cas de séparation de biens, ou pour les paraphernaux de la femme mariée sous le régime dotal. Il se fonde sur ce que l'inaliénabilité n'a été établie que pour assurer au mari les moyens de soutenir les charges du mariage, et qu'il n'y a dès lors aucune raison de l'appliquer à des biens dont la femme jouit en propre. Mais, outre qu'à défaut de stipulation, la femme séparée ou qui n'a que des paraphernaux, doit contribuer, pour un tiers de ses revenus, aux dépenses du ménage (art. 1537 et 1575), n'est-il pas saillant que la stipulation qui affranchirait la femme de toute contribution à ces dépenses, ne saurait l'affranchir de l'obligation qu'elle contracte par le fait seul du mariage de fournir des aliments à ses enfants et à son mari, quand celui-ci ne peut y suffire; et que, sous ce rapport, le mari, les enfants, la femme elle-même, ont un véritable intérêt à la stipulation d'inaliénabilité?

Les époux peuvent aussi, comme on l'a vu plus haut (3), restreindre à volonté les droits du mari sur les propres de la femme commune, sur les biens de celle qui est mariée sous le régime exclusif de la communauté, et sur les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal; et réciproquement, ils peuvent restreindre, dans l'intérêt du mari, les droits de la femme sur les biens propres ou paraphernaux, convenir, par exemple, que le mari aura la faculté d'aliéner les premiers ou lui donner l'administration des seconds.

Mais toutes les fois que les époux communiquent ainsi au régime qu'ils ont adopté quelque caractère qui naturellement n'appartient qu'à un autre, ce n'est que pour le cas expressément prévu, qu'ils sont censés avoir voulu suivre les règles de ce dernier, parce que toute exception est de droit étroit. Quand on

(1) MM. Toullier, t. XII, n° 372; Bellot, t. IV, p. 295; Zachariæ, t. III, p. 402; v. aussi Paris, 30 mai 1835 (Laurent c. Riviard . L'opinion contraire de M. Battur, t. II, n° 349, est peu soutenable. Si l'inaliénabilité se combine très-bien avec la communauté d'acquêts (1581), pourquoi ne pourrait-elle pas se combiner avec une communauté plus étendue? On n'en saurait voir la raison.

(2) *Loc. cit.*

(3) N° 62.

convient simplement, par exemple, que les immeubles de la femme commune seront inaliénables, il n'en résulte nullement que ses biens mobiliers qu'elle s'est réservés comme propres le soient aussi, quoique, sous le régime dotal, l'inaliénabilité, comme nous le verrons dans la suite, s'étende, en principe, à la dot mobilière aussi bien qu'à la dot immobilière.

80. La seconde question que nous avons annoncée ne présente pas plus de difficulté que la première. Le contrat de mariage, en effet, a seulement pour objet de régler l'association conjugale : il ne peut donc, quant à ses effets, ni précéder cette association ni lui survivre. Ainsi, les époux ne peuvent convenir que la communauté commencera avant le mariage (art. 1399), ni qu'après le mariage elle se continuera entre le survivant et les enfants (1).

Ils ne pourraient pas convenir davantage que les biens seront dotaux et partant inaliénables, dès avant la célébration du mariage, ni que la dotalité subsistera encore après la dissolution.

Nous ne pensons pas qu'ils puissent convenir non plus que les effets du régime adopté seront maintenus après la séparation de corps ou de biens. Il est clair, en effet, que toute renonciation anticipée de la femme au droit de demander la séparation de biens est nulle, puisque cette renonciation tendrait à encourager les dissipations du mari, et que la renonciation du mari ou de la femme au droit de demander la séparation de corps serait plus immorale encore. On ne saurait dès lors autoriser non plus aucune convention qui amènerait le même résultat, c'est-à-dire qui pourrait détourner la partie intéressée d'une séparation qu'elle serait en droit de demander.

La cour de Bruxelles, conformément à ces principes, a considéré comme nulle la clause d'un contrat de mariage par laquelle les époux, prévoyant le cas de séparation de corps, étaient convenus de laisser leurs biens en commun, même après la séparation de corps, si elle venait à être prononcée (2).

81. Quant à la troisième question, qui consiste à savoir si l'on peut n'adopter un régime qu'à partir d'une certaine époque ou sous une condition, elle est beaucoup plus délicate que celles qu'on vient de résoudre, et peut, dans diverses circonstances, faire naître des doutes sérieux.

(1) L'art. 1442 exclut fort clairement toute idée d'une communauté continuée entre l'époux survivant et les enfants, et déroge en cela aux anciens principes (v. Renusson, *Traité de la communauté*, III^e^ partie.)

(2) Arrêt du 28 mars 1810 (S... c. N...)

Il est naturel d'examiner d'abord la difficulté relativement au régime de la communauté, pour lequel le Code contient sur ce point une disposition spéciale : nous l'examinerons ensuite par rapport aux autres régimes.

Avant le Code, il était des coutumes qui faisaient commencer la communauté dès la célébration du mariage (1) ; mais d'autres (2) exigeaient, pour qu'il y eût communauté, que le mariage eût duré un an et jour.

Le Code a donné la préférence à la première règle (3). L'art. 1399 dispose donc : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil : *on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque.* »

Il est évident tout d'abord que ces derniers termes de l'article ne permettent pas d'assigner à la communauté un autre point de départ que celui de la célébration, de convenir, par exemple, qu'elle commencera un mois seulement ou un an après le mariage.

82. Les auteurs s'accordent aussi généralement à proscrire les conditions purement potestatives de la part des époux, comme contraires au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales : mais tous (4), à l'exception d'un seul (5), avancent dogmatiquement et comme chose indubitable, que la communauté peut être subordonnée à l'existence d'une condition casuelle ou mixte, à la condition, par exemple, qu'il naîtra des enfants du mariage, et ils invoquent à l'appui de cette doctrine l'opinion des anciens auteurs, de Lebrun, de Pothier, de Renusson.

Nous croyons fermement pourtant que cette doctrine est une erreur capitale, échappée d'abord à l'inadvertance de M. Toullier,

(1) Celles, par exemple, de Paris et d'Orléans et la plupart des autres.

(2) Celles de Bretagne, d'Anjou, du Maine, du Grand-Perche et de Chartres (v. Pothier, *De la communauté*, article préliminaire, n° 5).

(3) On a vu, par une des notes précédentes, que, d'après M. Toullier, l'article 1399 ne doit pas, sous ce rapport, être entendu dans le sens qu'il présente naturellement. D'après cet auteur, c'est seulement l'espérance ou le droit éventuel à la communauté qui commence avec le mariage ; quant à la communauté elle-même, elle ne commencerait qu'à la dissolution du mariage. Nous nous expliquons sur cette théorie aux n°s 291 et suiv. C'est là aussi que le lecteur trouvera, tant sur la législation coutumière que sur le Code civil, le développement des règles que nous avons dû nous borner à formuler ici.

(4) V. notamment MM. Toullier, t. XII, n° 86 ; Duranton, t. XIV, n° 97 ; Battur, t. I, n° 88 ; Zachariæ, t. III, p. 403.

(5) M. Bellot, t. III, p. 4 et suiv., 396.

et dont tous les autres auteurs se sont ensuite faits les échos, sans paraître même soupçonner la difficulté.

Nous écartons d'abord d'un seul mot l'opinion des anciens auteurs, en faisant remarquer qu'aucune des coutumes sous l'empire desquelles ils ont écrit ne renfermait, que nous sachions, de disposition prohibitive analogue à celle de l'art. 1399 du Code civil.

L'art. 1399 est donc un texte nouveau, et la meilleure manière de l'interpréter est de rechercher l'esprit qui l'a dicté. Or, cet esprit ne saurait être un instant douteux.

« On ne trouve pas dans le projet de loi, disait le tribunat, l'établissement d'un point fondamental en cette matière, qui est que toute communauté *doit commencer* au jour de la célébration du mariage. Il est dans l'ordre et dans la série des idées, que ce principe soit fixé dans un article unique qui sera placé sous le titre du *régime en communauté*, lequel article sera ainsi conçu : la communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour de la célébration du mariage. *Toute stipulation contraire est nulle* (1). »

C'est à la suite de ces observations du tribunat, que l'art. 1399 prit place dans le projet; et qui ne voit que le tribunat voulait assurer à la communauté, non pas seulement un point de départ invariable, mais bien plutôt une existence fixe?

Écoutons, en effet, le tribun Duveyrier, dans le rapport qu'il fit ensuite au corps législatif.

« Avant d'entrer dans l'exposition des deux communautés légale et conventionnelle, disait M. Duveyrier, il faut remarquer l'article préliminaire, qui les embrasse toutes les deux, et qui fixe la communauté, soit légale, soit conventionnelle, au jour du mariage célébré devant l'officier de l'état civil.

» Il est étonnant, mais il est vrai que, malgré la disposition précise de la coutume de Paris, cette règle était quelquefois controversée. L'ancien droit qui, comme le rappelle Laurière, ne faisait commencer la communauté que le lendemain du mariage ; les coutumes dont j'ai parlé, et qui, nonobstant l'interprétation judicieuse de Dumoulin, laissaient croire que la communauté ne commençait que de l'an et jour après le mariage ; quelques stipulations contractuelles, obscures et mal rédigées, ont souvent élevé des doutes et enfanté des procès, surtout lorsqu'il s'agissait d'une communauté conventionnelle. Il était bien de les rendre

(1) V. M. Locré, *Législation civile*, t XIII, p. 245.

désormais impossibles, *en ajoutant même que cette règle serait observée nonobstant toute stipulation contraire...*

» Toute communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence donc *avec* le mariage, *quelle que soit d'ailleurs la convention des parties*. Cette règle générale sera désormais aussi claire *qu'absolue* (1). »

83. M. Toullier, du reste (2), reconnaît lui-même que la seconde disposition de l'art. 1399 « a pour objet de retrancher *irrévocablement* les embarras et les difficultés que faisaient naître les dispositions de certaines coutumes, telles que l'art. 424 de celle de Bretagne, qui exigeait, pour l'établissement de la communauté légale entre époux, qu'ils eussent été en mariage par an et jour après les épousailles. L'accomplissement de cette *condition*, ajoute l'auteur, avait, il est vrai, un effet rétroactif, qui faisait remonter la communauté au jour du mariage. Mais si l'un des époux venait à décéder avant l'expiration de l'année, la communauté n'avait point existé. Cependant les meubles des deux époux s'étaient mêlés : de là des difficultés entre le survivant et les héritiers ou les créanciers du prédécédé. »

Ainsi, de l'avis même de M. Toullier, on ne peut plus subordonner l'existence de la communauté à la condition que le mariage durera un an. M. Toullier tombe donc dans une contradiction flagrante avec lui-même ; car, si l'art. 1399 n'interdit pas de subordonner la communauté à une condition, on ne saurait voir pourquoi la condition que le mariage durera un an serait défendue, tandis que toutes les autres seraient permises.

Vainement donc M. Toullier dit-il plus bas, et ses partisans répètent-ils après lui, que l'événement de la condition ayant un effet rétroactif, la communauté sera censée avoir existé dès le jour du mariage ou n'avoir jamais existé, suivant que la condition arrivera ou n'arrivera pas. Il ne s'agit pas seulement, en effet, dans un contrat de mariage, de régler les intérêts pécuniaires des époux après la dissolution de leur union, il s'agit surtout de fixer leur position durant l'association conjugale, de savoir si la femme jouit ou non de ses biens, si son mobilier peut ou non être aliéné par le mari, si celui-ci peut ou non disposer à titre onéreux ou gratuit des conquêts, etc., et l'effet rétroactif donné à la condition ne peut qu'augmenter, à cet égard, les incertitudes.

(1) V. Locré, *loc. cit.*, p. 343.
(2) *Loc. cit.*, n° 83.

Aussi, nous semble-t-il de toute évidence que la stipulation d'une condition est bien plus contraire à l'esprit de la loi que la simple fixation d'un terme. L'assignation d'un jour certain qui servirait de point de départ à la communauté, ne présenterait, en effet, aucun grave inconvénient ni pour les époux, ni pour les tiers, puisqu'à toute époque la position *actuelle* des époux serait certaine, et leurs droits, par conséquent, certains aussi. La stipulation d'une condition engendrerait, au contraire, les plus fâcheux inconvénients, soit vis-à-vis des tiers, qui ne sauraient presque jamais s'ils peuvent traiter avec le mari seul ou la femme seule, ou si le concours des deux est nécessaire ; soit entre les époux eux-mêmes, dont l'un peut-être voudrait dépenser ses revenus, tandis que l'autre aimerait mieux les capitaliser, en vue de la communauté éventuelle.

La prohibition que l'on voit généralement dans l'art. 1399, relativement au terme, fournit ainsi, à l'égard de la condition, un argument *à fortiori*, qui est de toutes les preuves la plus irrésistible.

Concluons donc que, sous le régime de la communauté, les époux doivent opter entre ces deux partis : exclure la communauté d'une manière absolue, ou l'admettre à dater de la célébration du mariage sans condition. Si, malgré la prohibition de la loi, un terme ou une condition ont été stipulés, ce terme ou cette condition sont réputés non écrits, et la communauté, soit légale, soit conventionnelle, ne laisse pas d'avoir ses effets du jour du mariage.

84. Du reste, en supposant qu'en principe la stipulation d'une condition soit permise, nous ne pourrions jamais, malgré tout le respect qu'on doit à l'autorité réunie de Pothier, de Lebrun et de Renusson, considérer comme valable la condition qui subordonnerait la communauté à la survenance d'enfants du mariage. Pour conserver, en effet, au mariage toute sa sainteté, il importe, ce nous semble, qu'aucun des époux n'ait un intérêt actuel à ce qu'il ne naisse point d'enfants, car cet intérêt, s'il existait, pourrait occasionner bien des querelles ou des turpitudes ; et si cette crainte ne s'est pas présentée à l'esprit de nos anciens jurisconsultes, c'est sans doute que de leur temps les mœurs des époux étaient généralement plus pures, parce que la foi religieuse qui règle les actions les plus cachées était plus vive.

85. Supposons maintenant que la communauté a été exclue absolument et pour tous les cas, et voyons si un terme, ou une

condition, qui ne soit pas purement potestative, ne peuvent pas être stipulés dans les autres régimes. Pourrait-on convenir, par exemple, que les époux seront mariés sous le régime dotal jusqu'à ce que la femme ait atteint l'âge de vingt-cinq ans, et qu'après cet âge ils seront soumis au régime exclusif de la communauté ou séparés de biens? A l'inverse, pourrait-on stipuler que les époux resteront séparés de biens tant que la femme conservera ses père ou mère, mais qu'après leur décès le régime exclusif de la communauté ou celui de la séparation de biens gouvernera l'association conjugale?

M. Bellot des Minières, dont nous invoquions l'autorité sur la question précédente, enseigne sur ce point encore la négative: mais ici, nous sommes obligés de nous séparer de cet auteur estimable. Ces cas, en effet, sont complétement en dehors de la disposition de l'art. 1399, puisqu'en aucune hypothèse les époux n'entendent devenir communs en biens. M. Bellot crée donc une prohibition qui n'est pas écrite dans la loi.

Tous les régimes autres que celui de la communauté ne sont d'ailleurs que des déductions plus ou moins éloignées du même système, celui de la séparation de biens; et, de même qu'on peut subordonner à une condition tel ou tel effet de la communauté quand on en conserve toujours le principe, sans contrevenir nullement à l'art. 1399, de même il doit être permis de subordonner à une condition tel ou tel effet de l'autre système.

Disons de plus que les inconvénients d'un terme sont presque nuls à nos yeux; et ceux de la condition sont moins grands ici que sous le régime de la communauté, puisqu'il ne saurait en aucun cas y avoir incertitude sur le sort d'une classe importante de biens, sur les conquêts.

Mais nous n'admettrions en aucun cas ni les conditions purement potestatives, parce qu'elles ne sauraient se concilier avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales; ni les conditions qui pourraient avoir des résultats immoraux, et il nous a paru qu'il fallait ranger dans cette catégorie la condition qui ferait changer le régime, suivant qu'il y aurait ou non des enfants. La nullité de ces conditions ne saurait cependant avoir pour effet d'entraîner celle du contrat de mariage, et de faire considérer les époux comme mariés sous le régime de la communauté légale. Il n'y aurait, en effet, de la part des parties, rien que de très-licite dans l'exclusion, pour tous les cas, de ce dernier régime. Partant, on devrait, sans tenir aucun compte de la condition, considérer comme régissant exclusivement les époux,

celui des deux systèmes stipulés qui serait le plus favorable à l'autorité maritale et à l'intérêt des enfants, parce que ce serait le plus moral.

86. Terminons cette section en rappelant ce principe général que tous les régimes autres que celui de la communauté légale doivent être expressément stipulés : si l'intention des parties est douteuse, c'est le régime de la communauté légale qui doit prévaloir. Ainsi, d'après l'art. 1392, la simple déclaration qu'il est constitué à la femme certains biens en dot, n'emporte pas soumission au régime dotal, parce que le mot *dot* désignant ce que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, n'est pas exclusif de l'idée de communauté. L'adoption du régime dotal ne peut pas résulter non plus, d'après le même article, de la déclaration des époux qu'ils entendent exclure la communauté ou rester séparés de biens, puisque le régime exclusif de la communauté et celui de la séparation de biens sont des régimes particuliers distincts du régime dotal.

Nous reviendrons sur ces principes, quand nous aborderons ce dernier régime.

SECTION V.

DES EFFETS DES CONSTITUTIONS DE DOT VIS-A-VIS DES CONSTITUANTS.

Sommaire.

87. Division.

§ 1. — *De l'étendue de la constitution, notamment par rapport aux père et mère.*

88. Les père et mère ne sont plus tenus légalement de doter leurs fils ni leurs filles ; toutefois, c'est une obligation naturelle.

89. La dot promise par les père et mère ou par l'un d'eux, doit, en principe, être prise sur les biens des constituants, quoique l'enfant ait des biens personnels (art. 1546).

90. On peut cependant convenir du contraire ; et quand le survivant constitue à la fois pour droits paternels et maternels, la dot s'impute d'abord sur les biens laissés par l'époux prédécédé.

91. Du cas où le survivant spécifie que la dot sera prise, pour telle partie, sur les biens de l'époux prédécédé, et, pour telle autre, sur les siens propres.

92. Du cas où le survivant déclare constituer la dot sur les biens du prédécédé seulement.

93. Quand le père et la mère constituent la dot conjointement sans distinction de parts, la dot est censée constituée par portions égales.

94. La renonciation même de la femme ne la dispenserait pas d'acquitter sa part, encore que la dot eût été payée en effets de la communauté.
93. Il n'y a solidarité entre les époux qu'autant qu'elle est exprimée.
96. La simple déclaration du mari ne suffit point pour obliger la femme, quoique présente au contrat.
97. Toutefois, quand la dot a été constituée en effets de la communauté, la femme est obligée d'en supporter la moitié si elle accepte.
98. Le mari peut exprimer qu'il prend à sa charge toute la dot ou une part plus forte que la moitié; mais s'il déclare doter seulement pour moitié, il n'ajoute rien à l'effet naturel de la constitution.
99. Les père et mère qui dotent conjointement peuvent convenir que la dot demeurera en entier *à la charge de la succession du prémourant;* effets de cette clause.
100. La plupart des règles précédentes s'appliquent également au cas où la dot est constituée par d'autres que le père ou la mère.
101. Il n'y a de différence qu'en ce que le père seul peut donner valablement les effets de la communauté sans le concours de sa femme.
102. L'aïeul doit être assimilé au père.

§ 2. — *De la garantie de la dot et des intérêts de la dot promise.*

103. La loi, par exception aux principes généraux, soumet ceux qui constituent la dot à la garantie et aux intérêts de la dot promise.
104. Sur quelle considération est basée la garantie, et conséquences qui en découlent.
105. Il peut être convenu que le constituant ne devra pas de garantie; effet de cette convention.
106. Étendue de la garantie; opinion de Domat.
107. Du cas où la dot consiste en créances cédées.
108. Du cas où la dot consiste en objets corporels.
109. 1° De l'éviction totale.
110. 2° De l'éviction partielle.
111. 3° Des charges occultes non déclarées et des vices cachés.
112. Le recours en garantie doit cesser quand il aurait pour résultat de réduire le donateur à l'indigence.
113. La garantie est due par le tiers délégué, qui s'engage en son nom propre.
114. La constitution de dot faite dans les dix jours qui précèdent la faillite n'est pas nulle de plein droit.
115. Pourquoi la dot promise produit-elle des intérêts de plein droit?
116. Le constituant ne doit point d'intérêts lorsque par elle-même la chose donnée n'en produit point.
117. Les intérêts doivent, en principe, se compenser, jusqu'à due concurrence, avec les aliments fournis par le constituant.
118. S'il est stipulé que la dot ne produira pas d'intérêt jusqu'à une époque fixée, les intérêts sont dus de plein droit à dater de cette époque.
119. Les intérêts des dots sont soumis à la prescription quinquennale.

§ 3. — *Du rapport de la dot.*

120. La dot doit être rapportée à la succession du constituant.
121. Ce principe cesse lorsque le donataire était incapable de recevoir la dot et qu'il l'a dissipée.
122. Autre exception écrite dans l'art. 1573.
123. Cette exception s'applique au cas de la dot constituée en immeubles, quand le mari a reçu pouvoir de les vendre.
124. Elle s'applique à la dot constituée par la mère, comme à celle constituée par le père.
125. Elle s'applique au régime exclusif de la communauté et à la communauté réduite aux acquêts, mais non pas à la communauté légale ou au cas de séparation de biens.
126. Autres cas où l'exception cesse.

87. Il existe certaines règles relatives aux donations faites en faveur du mariage, ou aux constitutions de dot, qui sont communes à tous les régimes d'association conjugale, et qu'il est naturel dès lors d'exposer ici (1).

Ces règles concernent, 1° l'étendue de la dot constituée, notamment de celle constituée par les père ou mère des époux; 2° la garantie de la dot; 3° les intérêts de la dot promise; 4° le rapport de la dot.

Avant tout, il est à propos de remarquer que le mot *dot* a deux acceptions : l'une générale, embrasse aussi bien les dons faits par contrat de mariage au mari que ceux faits à la femme (art. 1438, 1439); l'autre spéciale, désigne uniquement les biens que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (2).

C'est dans la première acception, c'est-à-dire dans son acception la plus large, que nous employons ici le mot *dot*.

§ 1. — De l'étendue de la dot constituée par les père et mère ou par des étrangers.

88. Avant le Code, on avait admis dans les pays de droit écrit que le père, et, à son défaut, la mère, étaient obligés de doter, selon leurs facultés, leur fille qui trouvait un parti sortable. Dans les pays coutumiers, au contraire, on tenait pour maxime : *Ne dote qui ne veut*. Le Code civil a consacré cette dernière règle dans l'art. 204, ainsi conçu : « L'enfant n'a pas d'ac-

(1) M. Zachariæ suit le même plan (v. t. III, § 500).

(2) Sous le régime de la communauté, la dot de la femme prend quelquefois le nom d'*apport*.

tion contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » Tous les docteurs cependant s'accordent à reconnaître qu'il est du devoir des parents de faciliter, selon leurs ressources, l'établissement de leurs enfants; qu'il y a, par conséquent, pour eux, une obligation naturelle.

De ces principes découlent plusieurs conséquences exprimées dans les art. 1438 et 1439, 1544, 1545 et 1546, dont les dispositions, faites plus particulièrement pour le régime de la communauté et pour le régime dotal, sont pourtant, par identité de raison, applicables à tous les autres régimes (1).

89. 1° La dot promise par les père et mère, ou par l'un d'eux, doit, sauf stipulation contraire, être prise sur les biens des constituants, quoique l'enfant ait des biens propres dont le père ou la mère avaient l'usufruit légal. Cela est de toute évidence, puisque la constitution de dot par contrat est une libéralité, et que toute libéralité implique nécessairement l'idée de dépouillement de la part du donateur. On pourrait donc considérer comme insignifiante et inutile la disposition de l'art. 1546, dans lequel cette règle se trouve formulée. On remarquera, cependant, que le législateur s'est placé dans une hypothèse qui aurait pu n'être pas à l'abri de toute controverse. En effet, il dispose seulement en vue d'une constitution de dot faite à une fille. Or, dans ce cas, les parents auraient pu prétendre que s'étant engagés vis-à-vis du mari, celui-ci n'avait pas à se préoccuper de l'origine des deniers, pourvu qu'en définitive il reçût la dot constituée. L'art. 1546 condamne, par avance, une prétention semblable : c'est en ce sens qu'il a une signification.

Mais cet article n'ajoute rien au principe de toute justice que nous avons rappelé; et dès lors, quoique spécial à la constitution de dot faite à une fille, il n'exclut en aucune manière l'application de la règle aux constitutions ou donations dont les fils pourraient être l'objet.

90. 2° Toutefois, les père et mère, ou l'un d'eux, ont évidemment le droit de stipuler que la dot sera prise d'abord sur les biens personnels de l'enfant, et subsidiairement seulement sur les leurs propres. Ils garantissent alors simplement que la fortune de leur enfant égale tout au moins la somme dont ils le déclarent doté.

Cette intention du père ou de la mère de ne donner de son chef que subsidiairement est suffisamment indiquée, quand le

(1) M. Zachariæ, t. III, p. 388 et suiv.

survivant déclare constituer la dot pour biens *paternels et maternels*, sans spécifier les portions. L'art. 1545 dispose, en effet, qu'en ce cas la dot doit se prendre d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et le surplus seulement sur les biens du constituant. Mais les biens personnels de l'enfant, qui ne proviendraient pas de la succession du conjoint prédécédé, ne devraient pas être compris dans l'imputation.

91. Si le constituant spécifie les portions, s'il déclare, par exemple, constituer la dot moitié sur les biens paternels, moitié sur les biens maternels, il est obligé personnellement au payement de la moitié de la somme indiquée, quand même la valeur des biens recueillis par l'enfant dans la succession du conjoint prédécédé dépasserait de beaucoup l'autre moitié.

92. Mais que décider, lorsque, à l'inverse, les biens laissés par le conjoint prédécédé n'atteignent pas la moitié de la somme constituée? Le constituant est-il obligé de parfaire aussi cette moitié?

Cette question a de l'affinité avec celle de savoir si le survivant qui constitue une dot sur les biens du prédécédé seulement, est obligé personnellement au complément de la dot quand les biens du prédécédé ne suffisent pas. Les auteurs, sur ce point, sont unanimes pour enseigner l'affirmative (1). On présume que le constituant, qui devait connaître la valeur des biens délaissés par son conjoint, a voulu, pour le surplus, user de libéralité envers l'enfant : car autrement la constitution faite en son nom serait complétement inutile.

Cette dernière raison, nous en convenons, n'est pas applicable au cas où le constituant donne moitié sur les biens du conjoint prédécédé, et moitié sur les siens propres. Toutefois, si les biens délaissés par le conjoint prédécédé n'étaient pas connus par les futurs époux, nous estimerions que le constituant devrait parfaire aussi l'autre moitié, parce qu'il semblerait avoir usé d'une sorte de fraude. Mais il devrait être affranchi de tout recours, si les biens recueillis par l'enfant donataire dans la succession du conjoint prédécédé étaient parfaitement connus; la valeur exagérée donnée à ces biens devrait alors être attribuée à un sentiment de vaine ostentation qui ne pourrait fonder aucune obligation de la part du constituant.

Il en serait de même, quoique les biens du conjoint prédécédé ne fussent pas encore connus ou liquidés, si le constituant

(1) V. M. Tessier, t. I, p. 135, et les auteurs qu'il cite.

exprimait nettement qu'il n'entend contracter de ce chef aucune obligation personnelle. Les futurs, en effet, ne pourraient alors s'autoriser de leur erreur, puisqu'ils auraient à s'imputer de n'avoir pas exigé une liquidation préalable.

93. 3° Si les père et mère constituent conjointement une dot sans distinguer la part de chacun, elle est censée constituée par portions égales (art. 1438 et 1544); et si les donateurs sont mariés sous le régime de la communauté, la femme ne peut, en renonçant, s'affranchir du payement de la moitié à sa charge; car, ainsi qu'on l'a dit, l'obligation naturelle de doter les enfants s'étend à la fois au père et à la mère.

La dot, dans le cas dont nous parlons, est toujours censée donnée par moitié, soit qu'elle ait été fournie ou promise en effets de la communauté, si les époux sont mariés sous ce régime, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux (art. 1438). « Au second cas, ajoute l'article, l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot, a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour la moitié de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné au temps de la donation. »

94. L'indemnité ne laisserait pas d'être due par la femme renonçante, quoique la dot eût été payée en effets de la communauté. Par sa renonciation, en effet, la femme perd tout droit à la communauté, dont les biens dès lors ne se distinguent plus de ceux du mari. Si donc la femme a stipulé la reprise de son apport, elle ne devra effectuer cette reprise que déduction faite de la moitié de la dot à sa charge. Il faudrait, pour que la femme fût affranchie en cas pareil de contribuer au payement de la dot, qu'il eût été dit expressément dans le contrat qu'elle n'entendait doter qu'en sa qualité de commune et en tant qu'elle amenderait quelque chose de la communauté (1).

95. Toutes les fois, du reste, que le père et la mère dotent conjointement, il n'y a solidarité entre eux qu'autant qu'elle a été expressément stipulée (art. 1202); et ils ne peuvent être poursuivis chacun que pour moitié : le mari peut être poursuivi seul pour le tout comme chef de la communauté, quand les époux sont mariés sous ce régime.

96. 4° La simple déclaration du mari ne saurait, en aucun cas, suffire pour obliger la femme.

(1) Pothier, nos 649, 650 et 654; M. Duranton, t. XIV, nos 285 et 286. V. aussi Paris, 6 juillet 1813 (aff. Fillemin).

Si donc les époux sont mariés sous le régime dotal, quoique le père ait déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels, la dot demeure en entier à sa charge; et la mère, quoique présente au contrat, n'est point engagée (art. 1544). Il en est de même, quand les époux sont mariés sous le régime exclusif de la communauté, ou séparés de biens.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, et que la femme renonce, elle demeure pareillement affranchie de toute contribution à la dot.

97. Mais si elle accepte, elle doit supporter la moitié de la dot jusqu'à concurrence de ce qu'elle prend dans la communauté, toutes les fois que cette dot a été constituée en effets de la communauté (art. 1439); car l'art. 1422 permet au mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté pour l'établissement des enfants communs.

La femme ne serait affranchie de contribuer pour la moitié qu'autant que le mari aurait déclaré expressément qu'il se chargeait de la dot pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié (art. 1439); ou qu'il aurait constitué la dot en propres à lui appartenant, sans indiquer qu'il entendait effectuer le payement au nom de la communauté; car il serait alors naturel de présumer qu'il avait entendu laisser, dans tous les cas, l'entière dot à sa charge personnelle.

98. Le mari qui constitue la dot en effets de la communauté peut, ainsi qu'on vient de le dire, en mettre à sa charge plus de la moitié; mais il ne peut pas réduire sa contribution à une part moindre, car il ne peut pas mettre une dette de la communauté à la charge de sa femme acceptante, pour une somme plus forte que la moitié. Cependant, s'il déclare en prendre à sa charge la moitié, il ne faut pas entendre cette déclaration en ce sens qu'il entend s'obliger d'abord sur ses propres jusqu'à concurrence de moitié, et concourir, comme maître de la communauté, au payement de l'autre moitié; car l'art. 1439 déclare que la femme acceptante doit la moitié, toutes les fois que le mari ne s'est pas obligé *expressément pour une portion plus forte*. Il est vrai que la déclaration du mari n'aurait alors aucun effet; mais il est plus naturel de l'envisager ainsi, que de supposer qu'une pareille déclaration équivaut à la clause si différente par laquelle le mari annonce prendre la dot à sa charge pour les trois quarts (1).

99. 5° Les père et mère qui dotent conjointement peuvent

(1) M. Duranton, t. XIV, n° 274.

convenir valablement que la dot demeurera en entier *à la charge de la succession du prémourant;* cette clause, en effet, n'a rien de contraire ni aux lois, ni à la morale.

Les effets de cette clause sont ceux-ci :

Tant qu'aucun des constituants n'est décédé, si la dot est exigible, ils peuvent être poursuivis chacun pour moitié, et le mari pour le tout, en supposant les époux communs en biens. Les principes généraux, en effet, doivent recevoir leur application tant que la clause du contrat ne peut s'exécuter. Le survivant alors répétera contre la succession du prédécédé tout ce qu'il aurait payé sur le montant de la dot; mais si cette succession est insolvable, il ne peut, ce nous semble, exercer aucune répétition contre l'époux donataire, qui n'a fait que recevoir le payement de ce qui lui était légitimement dû, parce qu'il est équitable de supposer qu'il a payé en l'acquit du prémourant.

Si, au contraire, la dot n'a pas encore été payée lors du décès de l'un des constituants, ni le survivant mis en demeure avant ce décès, celui-ci ne peut plus être actionné, puisque l'événement de la condition fait évanouir son obligation; et, si la succession est insolvable en tout ou en partie, c'est au donataire que cette insolvabilité doit préjudicier (1). Ce serait ajouter à la clause que de considérer le survivant comme caution. A la vérité, nous avons été d'avis que l'époux survivant qui constitue une somme sur les biens du prédécédé est censé s'obliger, en cas de déficit, à parfaire cette somme (2). Mais la raison en est, d'une part, qu'il devait connaître la valeur des biens du prédécédé; d'autre part, que le donataire et son futur conjoint ont dû compter dès lors sur l'intégralité de la somme promise. Dans le cas, au contraire, dont nous nous occupons maintenant, le survivant n'avait pu connaître par avance la force d'une succession non ouverte, pas plus que les futurs n'avaient dû raisonnablement compter sur cette succession, dont la valeur ne devait être fixée qu'au décès.

100. La plupart des règles qu'on vient d'exposer s'appliquent également au cas où la dot est constituée par d'autres que par le père ou la mère. Si le constituant, par exemple, se trouve avoir l'usufruit de certains biens dont la nue propriété appartient au donataire, il est censé, en principe, avoir voulu donner la dot de

(1) MM. Toullier, t. XII, nos 336 et suiv.; Tessier, t. I, p. 140. V. aussi *Civ. Cass.*, 11 juillet 1814 (Durand c. Crusillat).

(2) V. suprà, no 92.

son chef (1); mais cette présomption cesse, s'il déclare constituer la dot sur les biens dont il a l'usufruit, et il doit seulement, en cas d'insuffisance de ces biens, parfaire la somme promise, s'il paraît que le donataire et son futur conjoint ont dû naturellement compter sur cette somme.

D'un autre côté, si ce sont deux époux qui ont constitué la dot conjointement, ils sont présumés, sauf clause contraire, l'avoir fait chacun pour moitié; mais la déclaration faite par le mari seul ne peut obliger la femme.

101. La seule différence entre le cas où la dot est constituée par un étranger et celui où elle est constituée par le père, paraît donc consister en ce que le mari peut, sans le concours de la femme, donner valablement les immeubles de la communauté ou une quote du mobilier, pour l'établissement des enfants communs, tandis qu'il n'a pas le même droit à l'égard d'autres personnes. Si donc le mari a constitué seul un immeuble de la communauté ou une quote du mobilier, et que la femme accepte ensuite la communauté, la donation ne pourra produire aucun effet vis-à-vis de cette dernière, et elle n'aura d'effet qu'à l'égard du mari.

102. Mais doit-on, sous ce rapport, assimiler un aïeul à un étranger, ou bien, au contraire, l'assimiler au père, en sorte que l'épouse de cet aïeul soit obligée d'exécuter la donation si elle accepte la communauté?

La solution de cette question dépend du point de savoir comment il faut entendre la disposition de l'art. 1422 qui permet au mari de donner les biens de la communauté pour l'établissement des *enfants communs*, et si, par ces derniers mots, on ne doit entendre que les enfants au premier degré, ou si, au contraire, cela doit s'entendre des petits-enfants. Il nous semble que ces mots *enfants communs* n'ont été employés que par opposition aux enfants d'un seul des époux, issus d'un précédent lit. Nous penserions donc que l'aïeul peut doter librement ses petits-enfants qui sont en même temps ceux de la femme; en effet, l'on décidait généralement autrefois qu'à défaut du père et de la mère, l'obligation de doter s'étendait à l'aïeul paternel ou même maternel (2).

(1) V. M. Duranton, t. XV, n° 372.

(2) Roussilhe, *Traité de la dot*, n^os^ 11 et 12; Despeisses, *De la dot*, sect. II.

§ 2. — De la garantie de la dot et des intérêts de la dot promise.

103. Tout donateur, en principe, n'est censé s'obliger qu'à l'égard de l'objet qu'il donne, en sorte que si le donataire vient à être évincé, le donateur n'est pas tenu à la garantie (1). D'un autre côté, les sommes dues ne produisent, en général, intérêt qu'à dater de la demande en justice (C. civ., art. 1153).

Mais la loi fait exception à ces deux principes pour les constitutions de dot: « La garantie de la dot, porte l'art. 1440, est due par toute personne qui l'a constituée; et ses intérêts courent du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire. » Les art. 1547 et 1548 sont conçus dans les mêmes termes: « Ceux qui constituent une dot, porte l'art. 1547, sont tenus à la garantie des objets constitués. — Les intérêts de la dot, ajoute l'art. 1548, courent de plein droit, du jour du mariage, contre ceux qui l'ont promise, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire. »

104. La garantie de la dot est fondée sur cette considération, que le mariage a pu n'être contracté qu'en vue de la dot promise, et que le constituant est présumé avoir voulu assurer, dans la mesure de cette dot, l'existence des époux et de leurs enfants.

De là découlent deux conséquences importantes:

La première, c'est que la garantie de la dot constituée à la femme n'est pas due seulement au mari, mais qu'elle est due aussi à la femme, qui peut la réclamer après la dissolution du mariage, soit qu'il existe, soit qu'il n'existe pas des enfants. Dans le cas même, en effet, où il n'existe pas d'enfants, le mariage dont la dot a pu être l'un des motifs déterminants, a nécessairement influé sur la condition de la femme, et diminué, à quelques égards, ses avantages, ne fût-ce qu'en pouvant rendre plus difficile pour elle une autre union. L'opinion contraire, qui avait été émise dans l'origine par M. Delvincourt, est depuis longtemps universellement abandonnée (2).

(1) Labeo ait: Si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumptus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane, de dolo posse me adversùs eum habere actionem, si dolo fecit (I. 18, § 3, D., *De donationibus*).

(2) V. MM. Duranton, t. XV, n° 375; Bellot, t. I, p. 568; Benoît, *Traité de la dot*, t. I, n° 80; Tessier, t. I, p. 193. V. aussi Civ. rej., 22 nivôse an x (aff. Marcelin). Par application du même principe, il a été jugé que s'il existe des inscriptions hypothécaires sur les biens donnés, le donateur est tenu de rapporter main-levée. Rouen, 3 juillet 1828 (aff. Adam).

La seconde conséquence, c'est que la garantie est due pareillement pour les donations faites directement au mari; car les causes accessoires qui concourent à déterminer le mariage se trouvent aussi bien dans les libéralités faites au mari que dans celles faites à la femme (1).

Mais il nous semble que la garantie ne serait point due aux héritiers du donataire, autres que ses enfants ou petits-enfants; car la loi n'a pu la consacrer que dans l'intérêt des époux ou de leur descendance.

105. Il est sensible, au surplus, que la garantie n'est due que lorsqu'il n'existe pas de convention contraire; car, si le vendeur peut valablement s'affranchir de la garantie par une stipulation expresse, à plus forte raison le donateur doit-il avoir cette faculté. Bien plus, la condition du donateur est quelquefois meilleure que celle du vendeur. Ainsi, la stipulation que la vente est faite sans garantie, n'affranchit pas le vendeur, au moins en principe, de l'obligation de restituer, en cas d'éviction, le prix qu'il est censé avoir reçu sans cause (art. 1629); mais la clause de *non garantie* doit affranchir le donateur de tout recours, parce que n'ayant rien reçu, il ne peut avoir rien à restituer. Toutefois, s'il y avait eu dol, le donateur resterait sujet à la garantie parce que nul ne peut s'affranchir de l'obligation de réparer le dommage causé par son dol (2).

106. Voyons maintenant quelle est l'étendue de la garantie. C'est un point important que les auteurs, ce nous semble, n'ont pas suffisamment développé. Domat se borne à dire que ceux qui constituent une dot sont obligés à la garantie des fonds donnés, des dettes cédées et des autres choses, selon qu'il est convenu ou *selon les règles de la garantie que doivent ceux qui vendent ou transportent* (3).

107. L'exactitude de cette assimilation ne peut faire l'objet d'aucun doute en ce qui concerne les créances cédées. Le vendeur, en effet, n'étant tenu qu'à garantir l'existence de la créance au temps du transport (1693), et ne répondant de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est expressément engagé (art. 1694), il est tout à fait juste de soumettre le donateur aux mêmes obligations.

(1) MM. Duranton, t. XIV, p. 296, et t. VIII, n° 528; Zachariæ, t. III, p. 390, note 10.

(2) V. la l. 18, § 3, D., *De donationibus*, citée sous le n° 103.

(3) *Lois civiles*, liv. Ier, tit. IX, sect. II, n° 14. M. Zachariæ, t. III, p. 391, s'exprime avec le même laconisme.

Il ne peut y avoir de difficulté que sur le point de savoir quelle doit être la mesure de l'indemnité, lorsque la créance donnée n'existait pas. Il résulte, en effet, par analogie de l'art. 1694, que le vendeur, dans le même cas, n'est pas tenu de payer à l'acquéreur l'entière créance, et qu'il doit lui rembourser seulement le prix qu'il a retiré de la cession. Mais cette règle étant d'une application impossible vis-à-vis du donateur qui n'a rien retiré de la créance cédée, faut-il en conclure qu'il doit en payer l'entier capital nominal, ou bien seulement ce que le donataire aurait pu retirer du débiteur, si la créance eût réellement existé? Il est certain que si la déconfiture ou faillite du débiteur avait éclaté au moment du contrat de mariage, la garantie devrait se réduire au dividende que le donataire aurait reçu si la créance eût réellement existé, car il ne pouvait s'attendre qu'à ce dividende. Dans le cas contraire, le donateur devrait payer la totalité de la créance cédée, si l'on supposait que le donataire l'aurait vraisemblablement obtenue du débiteur indiqué, en supposant que la créance eût été réelle.

108. L'assimilation établie par Domat peut donner lieu à plus de doutes, quand la dot constituée l'a été en objets corporels, et il faut reconnaître qu'elle cesse quelquefois, parce qu'il est certaines différences qui tiennent à la nature même des choses.

Mais pour se faire des idées nettes sur cette garantie, il convient d'examiner successivement le cas d'éviction totale, celui d'éviction partielle, et celui de charges occultes non déclarées ou de vices cachés de la chose.

109. Dans le cas d'éviction totale, on aperçoit tout d'abord une différence entre la garantie due en matière de vente et celle due pour constitution de dot, lorsque l'objet a diminué de valeur. Le vendeur, en effet, malgré cette diminution de valeur, doit toujours restituer l'entier prix qu'il a reçu, parce qu'il l'a reçu sans cause (art. 1630). Le donateur de la dot, au contraire, n'a rien à restituer, puisqu'il n'a rien reçu. Il doit donc rembourser seulement la valeur qu'a l'objet donné lors de l'éviction, et non pas celle qu'il avait lors du don, à moins que le donataire n'eût lui-même vendu et ne fût obligé de restituer à son acquéreur un prix supérieur, cas auquel le donateur serait lui-même tenu de ce prix. Le donateur, en un mot, doit indemniser le donataire de tout le préjudice que lui cause l'éviction, mais pas au delà.

Supposons, au contraire, que l'objet ait augmenté de valeur.

Le vendeur, dans l'opinion générale des auteurs, doit, outre la restitution du prix, rembourser à l'acheteur le montant de cette augmentation. Doit-il en être de même du donateur de la dot? Au premier abord, cela paraît rigoureux. Le donateur, peut-on dire, n'a pu entendre s'engager au delà de la valeur qu'avait la chose au moment de la donation, et les époux, de leur côté, n'ont pas dû raisonnablement, lors du mariage, compter sur une valeur plus forte. Mais cette considération ne nous semble pas suffisante pour justifier une exception aux principes ordinaires de la garantie, qu'il faut suivre toutes les fois que la nature des choses n'y fait pas obstacle. Le donataire d'ailleurs a pu, en raison de l'accroissement de valeur qu'acquérait la chose, augmenter ses dépenses ou ses engagements, et il est juste que le donateur, qui a été la cause de son erreur, l'indemnise de l'entier préjudice qu'il éprouve.

110. Passons au cas d'éviction partielle. L'art. 1637, disposant qu'en ce cas la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé doit lui être remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, *soit que la chose vendue ait augmenté soit qu'elle ait diminué de valeur*, le même principe doit être appliqué sans difficulté à la constitution de dot.

Mais l'art. 1636 dispose de plus que si la partie évincée est de telle conséquence relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente; et l'on se demande si le donataire d'une dot pourrait exercer, dans une circonstance semblable, un recours analogue contre le constituant, et l'obliger à reprendre ce qui reste de la chose pour payer une valeur équivalente à celle de l'entier objet donné. Nous ne pensons pas que le donataire ait ce droit, puisqu'il n'y a pas eu de contrat synallagmatique entre le donateur et lui, et que loin de demander la résolution du don il en réclame la complète exécution. Son droit se réduit toujours à une indemnité égale au préjudice causé.

111. Le donateur de la dot est-il, enfin, dans les mêmes cas que le vendeur, tenu de la garantie des charges occultes non déclarées et des vices cachés de la chose? On pourrait dire pour la négative, qu'en donnant la chose, il manifeste suffisamment sa volonté d'en assurer et garantir la propriété au donataire, mais qu'il n'a rien garanti pour sa qualité, et qu'il mérite plus de faveur que le vendeur avec qui le prix a dû être fixé comme si la chose n'avait pas eu de défauts. Nous estimons pourtant que la

garantie est due. En effet, si le donateur a connu les charges ou les vices occultes, il a péché contre la bonne foi en ne les déclarant pas; s'il ne les a pas connus, il a été dans son intention de donner une valeur égale à celle qu'il supposait lui-même à l'objet, et les époux ont dû compter de leur côté sur cette valeur; or, il est de règle que dans toute convention, c'est l'intention *commune* des parties qu'il faut principalement rechercher pour en déterminer les effets (art. 1156). Mais dans ce cas, comme dans celui d'éviction partielle, le donataire ne peut jamais contraindre le donateur à reprendre la chose, et il doit se contenter du complément de la valeur que toutes les parties avaient dû supposer au don.

112. Il nous reste maintenant à parler d'une circonstance dans laquelle les recours en garantie contre les donateurs de la dot doivent, quelle qu'en soit la cause, être tempérés dans leur rigueur; c'est lorsque le recours aurait pour résultat de priver le donateur du strict nécessaire. Encore, en effet, que ce que les Romains appelaient *bénéfice de compétence*, *beneficium competentiæ* (1), ne se trouve, en aucun cas, consacré explicitement par nos lois, ce bénéfice existe pourtant, en réalité, toutes les fois que le débiteur peut, en cas d'indigence, demander des aliments à son créancier. Or, l'art. 955 indique clairement que tout donateur peut, dans la mesure de la valeur de l'objet donné, demander des aliments à son donataire, puisqu'il lui permet, quand ces aliments sont refusés, de demander la révocation du don.

A la vérité, l'art. 959 ajoute que les donations en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. Mais, à notre avis, ce serait une grande erreur de conclure de ce texte que le donataire par contrat de mariage est dispensé de fournir des aliments au donateur, quand il peut le faire sans que ni sa famille ni lui-même en ressentent aucune gêne. La seule conséquence qui résulte de l'article cité, c'est que, malgré l'ingratitude du donataire contractuel qui refuse les aliments demandés, la révocation du don n'est jamais encourue. Mais il serait contraire à la morale et à l'humanité que le donataire ne pût pas être contraint à payer, sur les revenus de la chose, une modique pension à son bienfaiteur devenu indigent, quand il est lui-même dans l'abondance et n'a nul besoin de ces revenus pour soutenir les charges du mariage.

(1) Ce bénéfice existait notamment en faveur du donateur (v. l. 33, Pr., D., *De donationibus*).

Or, si le donateur a une action pour demander des aliments, à plus forte raison doit-il avoir une exception pour se protéger contre les recours en garantie qui le réduiraient à l'indigence. Cette exception, d'ailleurs, repose sur l'intention commune qu'ont dû avoir les parties lors du don; car si, d'un côté, le donateur est présumé avoir voulu faire un don sérieux et en assurer dès lors, en tant que de besoin, l'effet sur ses autres biens, il ne peut être présumé avoir entendu, en aucun cas, se priver du nécessaire.

113. Ajoutons, pour compléter ces règles, que la garantie paraît due, non-seulement par ceux qui constituent la dot dans un esprit de libéralité, mais encore par ceux qui la promettent comme débiteurs du donateur ou de la femme, en ce sens qu'ils doivent toujours être contraints de la payer au donataire ou au mari, quand même ils prétendraient qu'en réalité la créance n'existait pas et qu'ils ne se sont obligés que par erreur. Le mariage, en effet, ayant pu n'être déterminé que par la certitude de payement que donnait leur promesse personnelle, il semble que l'erreur qu'ils ont commise, et qui presque toujours peut être imputée à leur imprudence, ne doit pas nuire au donataire ou au mari, et qu'ils ne doivent avoir de recours que contre le constituant en l'acquit duquel ils se sont obligés.

114. Le principe, que la dot est censée reçue à titre intéressé, amène une autre conséquence; c'est que la constitution de dot faite dans les dix jours qui précèdent la faillite n'est pas nulle de plein droit et ne doit être annulée qu'autant que les futurs époux connaissaient le dérangement des affaires du constituant (1).

115. Examinons maintenant la portée du second principe consacré par les art. 1440 et 1548 du Code, et d'après lequel la dot promise produit de plein droit intérêt à dater du mariage, s'il n'y a stipulation contraire. Ce principe est fondé sur ce que, dans l'intention présumée de toutes les parties, le capital de la dot doit, autant que possible, demeurer intact, et que les revenus seulement doivent être employés aux besoins des époux et de leur famille. Tout constituant est donc censé vouloir assurer les revenus de la dot aux futurs, tant qu'ils ne toucheront point le capital, à moins que le contraire ne résulte, soit d'une convention expresse, qui est certainement très-licite, soit de la nature de la chose donnée.

(1) V. contre l'opinion de M. Pardessus, *Droit commercial*, t. IV, p. 283; Duranton, t. X, p. 611, et Tessier, t. I, p. 197.

116. Les intérêts de la dot, en effet, ne nous semblent dus de plein droit qu'autant que la chose donnée est, par elle-même, susceptible d'en produire, c'est-à-dire quand il s'agit d'un capital dont le constituant a pu lui-même retirer des intérêts. Si donc c'est un objet corporel, mobilier ou immobilier, qui a été donné, le donateur ne devra ajouter à la chose, lors de la livraison, que les fruits qu'elle a produits; et si elle n'a rien produit, il n'aura à livrer que la chose elle-même. Si le constituant, par exemple, a promis pour le mobilier des époux certains meubles meublants, estimés ou non, comme ces meubles ne produisent rien pour lui, il n'a point d'intérêts à payer, s'il a pris un délai pour la livraison (1).

De même, s'il a donné une créance non productive d'intérêts sur un tiers, il ne devra aucun intérêt puisqu'il a donné la créance telle qu'elle était; et si elle produisait intérêt, le tiers sera seul obligé de les payer, parce que le donateur n'a voulu évidemment contracter aucune obligation personnelle, et n'est garant, comme nous l'avons vu précédemment, que de l'existence de la créance (2).

117. Le constituant ne doit pas non plus les intérêts de la dot promise, durant le temps qu'il a entretenu les époux dans sa *maison; ou du moins, il doit* être fait compensation, jusqu'à due concurrence, entre les intérêts échus durant cet espace de temps, et la valeur des aliments fournis. C'est ce qu'enseignaient tous les anciens auteurs (3), dont la doctrine, fondée sur une évidente équité, a été adoptée par les nouveaux (4). Il n'y aurait d'exception à cette règle, qu'autant que le constituant se serait expressément obligé à nourrir les époux, indépendamment de la dot promise.

118. Mais, s'il a été convenu que la dot ne produirait pas d'intérêts jusqu'à une époque déterminée, cette époque arrivée, les intérêts commencent d'être dus de plein droit et sans nulle

(1) V. MM. Merlin, *Répertoire*, v° *Intérêts*, § 2; Tessier, t. I, p. 166.

(2) V. MM. Tessier, *loc. cit.*; Delvincourt, t. III, p. 103 des notes et explications; Zachariæ, t. III, p. 392, note 14.

Un arrêt de la cour suprême (Civ. rej., 7 juillet 1835, Desassis c. Chantagru) favorise pourtant l'opinion contraire, qui est professée par M. Toullier, t. XIV, n° 97.

(3) V. Roussilhe, t. I, n°s 230 et 318, et les autres auteurs cités par M. Tessier, t. I, p. 165, note 1.

(4) MM. Delvincourt et Tessier, *loc. cit.*

constitution en demeure, parce que l'exception stipulée cesse et que la créance dotale reprend dès lors toute sa vertu.

119. La faveur de la dot n'empêche point, du reste, que les intérêts échus ne soient soumis à la prescription quinquennale (1). Cette prescription, en effet, étant fondée principalement sur une présomption de libération, doit s'appliquer naturellement aux intérêts de la dot comme à ceux de toute autre créance, et l'art. 2277, d'ailleurs, est conçu en des termes qui n'autorisent aucune exception.

§ 3. — Du rapport de la dot.

120. Quoique la dot soit reçue à titre onéreux, elle ne laisse pas d'être une libéralité de la part de celui qui la constitue. La conséquence qui s'induit de là, c'est qu'elle doit être rapportée par le donataire quand il vient à la succession du donateur, à moins qu'elle n'ait été donnée avec dispense de rapport.

Quand la dot a été constituée conjointement par le père et la mère, sans fixation de parts, elle est censée, comme nous l'avons vu, avoir été donnée par moitié ; elle doit donc être rapportée moitié à la succession du père, moitié à la succession de la mère. Mais elle doit être imputée en entier sur la succession du prémourant, quand cela a été expressément stipulé (2).

Il est deux cas cependant où le donataire est dispensé de rapporter le montant de la dot.

121. Le premier, c'est quand il n'était pas capable de la recevoir au moment où elle lui a été remise, parce qu'il se trouvait alors ou mineur ou interdit. A la vérité, quand la dot a été remise au mineur lors du contrat de mariage, sa minorité ne saurait le dispenser de la rapporter en entier, parce que les mineurs sont assimilés aux majeurs toutes les fois qu'ils traitent

(1) La jurisprudence se prononce d'une manière constante en ce sens. V. Limoges 26 janv. 1828 (Peyrat c. Chabrol); Bordeaux, 8 fév. 1828 (Magne-Chabannes c. Puydebau); Agen, 18 nov. 1830 (de Bernard c. Calabet); Toulouse, 12 août 1834 (Combettes c. Astié). C'est aussi l'opinion des auteurs. V. MM. Tessier, *De la dot, loc. cit.*; Benoît, *eod.* p. 191 et suiv ; Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 1025. Notons, cependant, que, d'après la jurisprudence, l'article 2277 du Code civil ne s'appliquerait pas aux arrérages de dots constituées antérieurement au Code, sous l'empire d'une loi qui n'admettait pas la prescription de cinq ans; ni même, dans cette hypothèse, aux arrérages qui auraient couru depuis le Code. Paris, 23 juin 1818 (aff. Forestier et d'Arthel). Au surplus, pour la loi qui régit le contrat de mariage, v° *infrà*, la sect. X.

(2) V. ci-dessus, n° 99.

dans leur contrat de mariage avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage lui-même : ces personnes alors sont censées avoir pris les précautions suffisantes pour la conservation de la dot. Mais si la dot n'avait été remise au mineur qu'après le mariage contracté sans l'assistance de son curateur, ou si elle avait été remise à un majeur tombé dans les liens de l'interdiction, le mineur ou l'interdit, conformément aux principes généraux, ne devrait le rapport de la dot que dans la mesure de ce dont il aurait profité.

122. La seconde exception est écrite dans l'art. 1573, ainsi conçu : « Si le mari était déjà insolvable, et n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari, pour s'en faire rembourser. Mais si le mari n'est devenu insolvable que depuis le mariage, ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait lieu de biens, la perte de la dot tombe uniquement sur la femme. »

Ce texte est fondé sur cette considération que la fille ne doit pas souffrir de l'imprudence commise par son père, et que n'ayant reçu en réalité de lui qu'un droit de répétition contre son mari, puisque c'est au mari que la dot a été remise, elle ne doit être tenue que de rapporter son droit de créance.

123. Il importe peu, au surplus, que la dot ait été constituée en immeubles, si le mari a reçu dans le contrat de mariage le pouvoir de les aliéner sans le concours de la femme, et qu'il les ait réellement aliénés ; car la perte de la dot doit alors être attribuée uniquement à l'imprudence du constituant (1). Mais il devrait, ce nous semble, en être autrement, si l'aliénation n'avait été permise qu'avec le consentement de la femme, puisque la perte de la dot devrait alors être plutôt imputée à cette dernière ; et nous penserions aussi que la femme doit seule souffrir des dégradations commises par son mari sur l'immeuble conservé en nature, parce que le constituant ne pouvait guère prévoir ces dégradations, et que la femme, en demandant la séparation de biens, peut ordinairement les arrêter (2).

124. La loi parle spécialement du *père* qui a doté sa *fille;* mais il y a même raison de décider, quand la dot a été constituée

(1) V. MM. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 850 ; Zachariæ, t. III, p. 609, n° 49.

(2) *Contra*, M. Delvincourt, t. II, p. 121 des notes.

par la mère (1), ou tout autre ascendant, ou même, dans notre sentiment, par un étranger. Dans tous les cas, la fille doit être affranchie du rapport d'une dot qu'elle n'a point touchée, et dont le constituant pouvait prévoir aisément qu'elle ne profiterait pas.

125. L'art. 1573 doit pareillement être étendu au cas où la femme s'est mariée sous le régime exclusif de la communauté, puisque, sous ce régime, comme sous le régime dotal, c'est le mari qui touche la dot de la femme, sans que celle-ci ait jamais la chance de profiter de l'accroissement de fortune de son mari.

Il doit être étendu encore au cas d'une communauté réduite aux acquêts, puisqu'aux termes de l'art. 1581 la communauté d'acquêts n'est nullement incompatible avec les règles du régime dotal, et qu'il y a toujours même raison de décider. Seulement, il va sans dire que la femme ne peut être affranchie du rapport de la dot que lorsqu'elle a renoncé à la communauté.

Mais faut-il étendre aussi l'art. 1573 au cas d'une communauté plus étendue qu'une communauté d'acquêts? La négative paraît tout d'abord incontestable, quand la femme n'a pas stipulé la reprise franche et quitte de son apport; car l'art. 1573 n'affranchit la femme du rapport de la dot elle-même, qu'à la charge par elle de rapporter l'action qu'elle a contre son mari pour se faire rembourser, et la femme commune qui n'a pas stipulé la reprise de son apport n'a aucune action de ce genre contre son mari. La question est plus délicate, quand la reprise de l'apport a été stipulée. Toutefois, dans ce cas-là même, une grande différence sépare encore la femme commune de la femme mariée sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de la communauté; c'est que la première, pouvant profiter de l'accroissement de fortune mobilière qui surviendrait au mari depuis le mariage, a une chance de gain que n'a pas la femme mariée sous le régime dotal ou avec exclusion de communauté. Elle doit donc être traitée comme si la dot, au lieu d'être remise au mari, lui eût été remise en propre, et qu'elle en eût versé le montant dans une société qui n'aurait point prospéré, c'est-à-dire que l'entière dot est à ses risques, et qu'elle en doit, dans tous les cas, le rapport (2).

(1) M. Bellot, t. IV, p. 282, est le seul auteur qui enseigne le contraire.

(2) La plupart des auteurs restreignent taxativement l'art. 1573 au régime

Nous estimons, enfin, que l'art. 1573 est inapplicable aux sommes données à la femme comme *paraphernales*, et quittancées par elle, quoiqu'elle les ait remises ensuite au mari. Dans ce cas, en effet, le don fait à la femme ne se trouve compromis que par l'effet de l'imprudence de la donataire, et le constituant ne doit pas supporter les conséquences d'une faute qui lui est étrangère.

126. La femme, aux termes de l'art. 1573, doit aussi rapporter la dot, quand le mari était solvable lors du mariage, ou qu'il avait une profession *qui lui tenait lieu de biens*, c'est-à-dire une profession productive; car le rapport ne serait pas dû, si le mari avait plutôt un titre qu'une profession, s'il était inscrit, par exemple, sur le tableau des avocats, ou qu'il eût obtenu un diplôme de médecin, mais sans qu'il exerçât d'une manière utile ces professions (1). Le rapport ne serait pas dû non plus, quand même le mari insolvable lors du mariage serait devenu solvable plus tard, pour retomber ensuite dans l'insolvabilité. La femme, il est vrai, aurait pu alors sauver la dot, si elle avait poursuivi en temps opportun la séparation de biens; mais la négligence de la femme n'empêcherait pas qu'il y eût eu originairement imprudence de la part de celui qui aurait constitué la dot, et la femme semblerait plus excusable que le constituant. Les termes de la loi suffisent d'ailleurs pour justifier cette solution.

Remarquons, enfin, que l'art. 1573 suppose qu'au moment où le rapport est demandé à la femme, le mari est décédé, puisqu'il n'affranchit la première des rapports qu'à la charge de rapporter l'action qu'elle a contre la *succession* de son mari. L'article pourtant ne laisserait pas de recevoir son application, si la femme avait obtenu la séparation de biens. Mais, dans le cas contraire, elle devrait rapporter l'entière dot, puisqu'aucune action en répétition de la dot n'est ouverte contre le mari, tant que la séparation de biens n'a pas été prononcée.

dotal. V. en ce sens, MM. Grenier, *Des donations;* t. II, p. 329; Chabot, *Des successions*, sur l'art. 848; Duranton, t. XV, p. 576; Zachariæ, t. III, p. 610, note 50. Dans un système également absolu, mais en sens contraire, MM. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 850, et Delvincourt, t. II, p. 41 du texte et 121 des notes, étendent l'art. 1573 à tous les régimes. L'une et l'autre doctrine nous semblent également mal fondées.

(1) V. MM. Benoît, t. I^er^, n° 340; Dalloz aîné, *Répertoire*, t. X, p. 371, n° 81.

SECTION VI.

DES CONDITIONS EXTRINSÈQUES EXIGÉES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES, ET DE L'IMMUTABILITÉ DE CES CONVENTIONS.

Sommaire.

127. Texte des art. 1394 et 1395.
128. Tout contrat de mariage rédigé par acte sous seing privé est nul; exception pour le cas où les parties se présentent, avant le mariage, devant un notaire, pour imprimer à l'acte privé un cachet d'authenticité.
129. Les contrats de mariage doivent, à peine de nullité, être reçus en minute.
130. La présence du second notaire ou des témoins n'est pas exigée à peine de nullité, même quand le contrat renferme des donations.
131. La présence du second notaire est nécessaire pour les dons faits en faveur du mariage, mais hors du contrat.
132. Les autres dispositions de la loi du 25 ventôse an XI sur les actes notariés s'appliquent aux contrats de mariage.
133. Toute modification apportée au contrat de mariage après la célébration est nulle, et ne peut valoir entre les époux comme donation sujette à révocation ; réfutation de la doctrine contraire, enseignée par M. Toullier.
134. Suite.

127. Les auteurs du Code civil ont voulu que les conventions matrimoniales fussent constatées d'une manière indubitable, et qu'elles fussent immuables pendant toute la durée du mariage. L'art. 1394 dispose donc : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire ; » et l'art. 1395 ajoute : « Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. » Ainsi, les époux qui n'ont pas dressé de contrat de mariage avant la célébration, sont légalement présumés avoir adopté le régime de la communauté légale, et ne peuvent plus en adopter un autre.

128. Il n'est pas non plus permis, aujourd'hui, comme cela l'était autrefois dans quelques provinces, de rédiger les contrats de mariage par acte sous signature privée; tout pacte matrimonial rédigé dans cette forme serait nul, quand même il aurait acquis date certaine avant le mariage par l'enregistrement, ou par la mort de quelqu'un des signataires. La loi n'a pas voulu

qu'un acte aussi important que le contrat de mariage fût soumis aux chances d'une vérification d'écritures, ni surtout qu'il pût être détruit par l'effet d'un concert des époux. On conçoit, toutefois, que si, après avoir dressé dans un écrit privé toutes les clauses du contrat, les parties se présentent *ensemble* devant un notaire pour imprimer aux conventions dressées le cachet de l'authenticité, le vœu de la loi paraît suffisamment rempli (1).

129. On vient de dire qu'un des motifs qui ont fait prohiber les actes sous seing privé, c'est d'empêcher que les époux détruisent d'un commun accord le contrat qu'ils auraient passé. A plus forte raison, on devrait considérer comme nul un contrat de mariage notarié qui n'aurait été dressé qu'en brevet, puisqu'il dépendrait de celui des époux à qui le brevet aurait été remis de le détruire, et de causer par là, soit à l'autre époux, soit à des tiers, un préjudice souvent irréparable. Aussi, outre que la loi du 25 ventôse an XI ne permet de recevoir en brevet que les actes qu'elle énumère, parmi lesquels le contrat de mariage ne se trouve point, l'art. 1397 du Code suppose évidemment que les contrats de mariage doivent toujours être retenus en minute, puisqu'il dispose, comme on le verra, que les changements, quand il en est fait avant le mariage, doivent être rédigés à la suite *de la minute* (2).

130. Mais il est bien à remarquer que les contrats de mariage ne sont pas du nombre des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige la présence du second notaire ou des témoins, *à peine de nullité*. A la vérité, l'art. 2 de cette loi range parmi ces actes les donations entre vifs, et l'on pourrait induire de là que la présence du second notaire ou des témoins est au moins indispensable pour la validité des dons entre vifs que le contrat de mariage peut contenir. Mais la discussion de la loi à la chambre des députés montre avec évidence que cette induction serait erronée.

(1) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 43, et Zachariæ, t. III, p. 396. V. aussi Rouen, 11 janv. 1826 (Thierry c. Decrétot). On peut encore consulter comme analogue dans ce sens un arrêt qui, sous l'empire des constitutions piémontaises, dont l'art. 8 disposait : « Qu'on pourrait faire par écrit privé... les articles de traité de mariage, pourvu qu'on les rédigeât en instrument public au temps de la célébration de noces, » à peine de nullité, a décidé que des articles de mariage, faits sous seing privé, ont pu être considérés comme rédigés par acte public, par cela seul qu'ils ont été formellement rappelés dans un acte public. *Req. rej.*, 25 floréal an XII (Renaldi c. Camosso).

(2) V. M. Toullier, t. XII, n° 71, et tous les autres auteurs.

Le projet, en effet, rangeait les contrats de mariage parmi les actes où la présence du second notaire devait être exigée, et l'une des raisons qu'on en donnait était précisément que les contrats de mariage renferment souvent des donations entre vifs, et doivent dès lors être régis par les mêmes règles que ces dernières.

Mais l'auteur de l'amendement qui avait demandé que les contrats de mariage fussent retranchés de la disposition de l'article, M. Hébert, réfuta victorieusement cette raison. « Ici, disait cet orateur, l'analogie est trompeuse; elle est dans les mots, et non pas dans les choses. Ce n'est pas parce que la donation s'appelle *donation*, que nous avons voulu la présence du notaire en second ou de deux témoins, c'est parce que l'acte a une importance particulière qu'on l'entoure de précautions pour prévenir les inconvénients, les dangers auxquels il est sujet par sa nature.

» Mais ces inconvénients se rencontrent-ils dans les contrats de mariage? Qu'ils comprennent ou non des donations, leur nature, leurs conséquences, leur solennité nécessaire et virtuelle, subissent-elles quelques changements? La donation contenue dans le contrat de mariage sera-t-elle clandestine, quand le contrat de mariage aura été fait à la face des deux familles, et lorsque, huit jours après, il aura été suivi de la célébration du mariage? Cette donation peut-elle être le fruit de la suggestion, de la captation? Alors, la suggestion et la captation ne se seraient pas seulement exercées sur la donation, mais sur le contrat de mariage lui-même, ce qui ne peut se supposer. Il n'y a donc pas de motif sérieux pour conserver la partie de l'art. 2 dont j'ai demandé le retranchement. »

M. Dufaure parla dans le même sens : « Dans le contrat de mariage, dit-il, toute donation est une véritable *convention;* il n'y a pas transmission unilatérale, il y a engagement réciproque, mutuel. Ce n'est pas la donation par laquelle une partie peut être dépouillée au profit de l'autre. Dans une donation ordinaire, on peut très-bien comprendre ce qui est le résultat de la captation ou de suggestions. Les témoins peuvent, par devoir de conscience, y mettre obstacle au moment où la donation se passe; mais, quant au contrat de marige, quelle sera votre limite? Pourquoi ne permettriez-vous pas de faire toute donation qu'on voudra? Et quel est le témoin qui, en présence de deux époux, l'un profitant d'une fortune considérable pour faire des avantages considérables à celui qui lie son sort au sien, qui pourra y mettre obstacle et y voir une captation, et empêcher que le con-

trat ne se passe, quand ce contrat a été préparé par deux familles, quand elles l'ont accepté pour la loi de leur avenir ? »

C'est à la suite de ces judicieuses observations, que le retranchement demandé par M. Hébert fut prononcé par la chambre des députés. On entendit donc bien que, dans les contrats de mariage, la présence du second notaire ou des témoins ne serait pas nécessaire, même pour la validité des dons entre vifs qui y seraient portés. Aussi, après avoir rappelé et approuvé le retranchement prononcé par la chambre élective, le rapporteur de la commission à la chambre des pairs ajouta-t-il : « Il est donc certain que, dans la pensée du projet de loi, comme dans la pensée de votre commission, les contrats de mariage, *soit qu'ils contiennent*, soit qu'ils ne contiennent pas donation, sont soumis à la règle générale, c'est-à-dire qu'ils sont régis par les art. 1 et 3 du projet de loi. »

131. Ce n'est, toutefois, qu'en faveur du contrat de mariage que l'exception fut faite, et partant la circonstance qu'une donation entre vifs est faite en faveur d'un mariage projeté ne suffirait pas pour dispenser de la présence du second notaire ou des témoins, si la libéralité était faite ailleurs que dans le contrat de mariage même.

132. Il va sans dire aussi que toutes les autres conditions exigées pour la validité des actes notariés par la loi organique du 25 ventôse an XI, s'appliquent aux contrats de mariage, et notamment que les témoins employés doivent avoir, à peine de nullité, la capacité exigée par cette loi (1).

133. Nous avons vu déjà, qu'aux termes de l'art. 1395, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. La même règle existait dans les anciens pays coutumiers, et elle était alors fondée en partie sur le principe que les époux, dans ces pays, ne pouvaient pas se faire des avantages durant le mariage. Ces avantages étant aujourd'hui permis et étant seulement déclarés révocables par l'art. 1095 du Code, M. Toullier en avait conclu que les changements faits par les époux aux conventions ma-

(1) C'est l'avis de tous les auteurs. V. MM. Toullier, t. XII, n° 71 ; Duranton, n° 47 ; Zachariæ, t. III, t. XIV, p. 395, n° 2. La cour de Colmar, par arrêt du 16 mars 1813 (aff. hrs J... L...), et celle de Riom, par arrêts des 20 nov. 1818 (Saraille c. Peschaud) et 28 mai 1824 (aff. Granet), ont jugé dans le même sens. Mais la cour de Riom avait jugé en sens contraire, le 12 février 1818 (Chabrier c. Faucon).

trimoniales après le mariage sont valables et doivent sortir à effet tant qu'ils n'ont pas été révoqués (1).

Qu'un auteur aussi distingué eût laissé échapper cette proposition dans la première édition de son livre, nous en serions peu surpris ; les esprits les plus éminents sont sujets à des inadvertances, *quandoque bonus dormitat Homerus*. Mais, que M. Toullier ait continué de professer cette doctrine dans les éditions suivantes, c'est ce que nous nous expliquons difficilement, en présence de la disposition si positive et si claire de l'art. 1395.

En vain, M. Toullier allègue-t-il que la violation des lois prohibitives n'emporte pas toujours la nullité de ce qui a été fait contrairement à leur défense. Il peut quelquefois arriver, sans doute, que cette annulation soit contraire à la volonté du législateur, qui doit toujours être la règle souveraine. Mais ces cas sont rares, et le principe que la violation de la défense emporte nullité doit être suivi, toutes les fois qu'il n'apparaît pas clairement d'une intention contraire qu'aurait eue le législateur (2). Or, cette intention contraire n'apparaît nulle part ici. Loin de là, le désir d'imprimer au pacte matrimonial, durant toute la durée du mariage, une inaltérable fixité, paraît ressortir non-seulement de l'art. 1395, mais encore des art. 1451 et 1543 du Code.

Quelques précisions feront ressortir plus clairement le vice de la doctrine de M. Toullier.

En effet, ou la dérogation apportée au pacte matrimonial serait de nature à profiter, suivant les circonstances, tantôt à l'un, tantôt à l'autre des époux, ou elle ne pourrait, en toute hypothèse, profiter qu'au même.

Dans le premier cas, la doctrine de M. Toullier est absolument insoutenable, puisqu'elle se trouve condamnée par l'article 1097, qui dispose : « Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. » Que serait-ce, en effet, en cas pareil, qu'une dérogation au contrat de mariage, sinon une donation réciproque, analogue aux dons réciproques de survie ?

Supposez, pour prendre un exemple même de M. Toullier,

(1) T. XII, nos 24 et suiv.

(2) Nous ne parlons pas ici des lois de la procédure, à l'égard desquelles l'art. 1030 du Code de procédure déclare que la nullité ne peut être prononcée qu'autant qu'elle est écrite dans la loi.

que des époux séparés de biens contractuellement, déclarent ensuite vouloir vivre sous le régime de la communauté, ce changement des conventions matrimoniales aurait l'effet d'une véritable donation mutuelle, tantôt au profit de la femme, tantôt au profit du mari, suivant qu'il arriverait postérieurement à l'un ou à l'autre des valeurs mobilières plus ou moins considérables.

Or, si de pareilles stipulations étaient autorisées, la fraude que l'art. 1097 a voulu rendre impossible, et qui consisterait de la part de l'un des époux à rétracter son don à l'insu de l'autre, pourrait aisément se réaliser.

Supposez, au contraire, que la convention dérogatoire ne pût, en aucun cas, être profitable qu'au même époux, il faudrait encore, d'après les principes généraux, la considérer comme nulle, si elle portait sur un droit de succession non ouvert.

Si, par exemple, il avait été stipulé dans le contrat de mariage que la communauté appartiendrait en entier au survivant, et qu'il fût convenu ensuite que ce droit ne pourrait être exercé que par la femme survivante; il y aurait là, de la part du mari, renonciation à un droit de survie non ouvert, renonciation qui nous semblerait condamnée par les art. 791 et 1130 du Code, lesquels défendent toutes renonciations et traités sur des successions futures. La cour de cassation étend, en effet, les dispositions de ces articles aux institutions contractuelles (1), et il y a même raison de les appliquer au cas que nous venons de supposer.

134. Mais arrivons à l'hypothèse la plus favorable au système de M. Toullier, et supposons que la dérogation au pacte matrimonial, non-seulement ne puisse jamais profiter qu'à tel époux déterminé, mais encore qu'elle porte sur des droits actuels et certains.

Une femme, par exemple, après le contrat de mariage, convient avec son mari qu'un de ses propres sera désormais ameubli, ou bien, au contraire, le mari, après le mariage, convient qu'un de ses immeubles, qui avait été ameubli, restera propre à la femme. La convention, dans le premier cas, ne peut évidemment profiter qu'au mari; dans le second, qu'à la femme; et ce cas-ci n'a rien de commun avec un droit de succession non ouvert.

Dans cette hypothèse, nous en convenons, la doctrine de

(1) V. *Civ. rej.*, 16 août 1841 (Jantet c. Reydellet).

M. Toullier offre au premier abord quelque chose de spécieux. En effet, peut-on dire, qu'est-ce que la convention par laquelle la femme ameublit un de ses propres après le mariage, sinon le don de la moitié de ce propre au mari? Et la convention par laquelle un immeuble ameubli doit rester propre à la femme, est-elle également autre chose qu'un don de la moitié de cet immeuble fait à celle-ci par l'autre conjoint? Or, si la femme peut, durant le mariage, donner tous ses propres à son mari, et le mari, de son côté, donner tous ses biens à sa femme, sauf le droit de révocation, pourquoi n'autoriserait-on pas, sous la même condition, des conventions qui ont un effet moins étendu?

La raison de la différence, ce nous semble, est celle-ci:

Le Code a autorisé, il est vrai, les dons entre époux, durant le mariage. Mais ces dons ne doivent jamais être obtenus par surprise. Il importe que le donateur donne toujours en connaissance de cause, afin qu'il sache bien qu'il est le maître de révoquer sa libéralité. Or, la surprise serait facile, si le don pouvait être fait sous la forme d'une dérogation au pacte matrimonial. En effet, l'époux, la femme surtout, au détriment de qui la convention serait faite, pourrait ne pas en comprendre la portée et les effets, par exemple, donner sans en avoir l'intention, ou se croire lié sans l'être réellement.

Si donc les époux veulent se faire des dons durant le mariage, ils doivent se les faire clairement, pour qu'il ne soit pas possible d'équivoquer sur le caractère des actes. Tout don qui ne résulterait que d'une dérogation au contrat de mariage, devrait être réputé le résultat d'une surprise dirigée soit contre les tiers, soit contre l'époux qui ferait l'avantage, et ne saurait par conséquent produire aucun effet.

Que si le caractère de donation était évident, alors, sans doute, ce ne serait pas l'art. 1395 mais bien l'art. 1094 qui devrait être appliqué. M. Toullier, par exemple (1), indique mal à propos, comme contenant une dérogation au pacte matrimonial, l'acte par lequel le mari qui lors du mariage aurait reçu à titre de don un immeuble de sa femme, donnerait à son tour le même immeuble à cette dernière après le mariage contracté. Il est manifeste, à coup sûr, que ce don du mari devrait sortir à effet s'il n'était pas révoqué; mais la raison en est qu'il ne contiendrait en réalité aucune dérogation au régime de l'association conjugale, car il n'y a nulle différence à établir entre les biens que le

(1) *Loc. cit.*, n° 40.

mari aurait acquis de sa femme et ceux qu'il aurait acquis de toute autre personne.

La doctrine de M. Toullier est, du reste, aujourd'hui universellement abandonnée (1) ; et sans les conséquences erronées qu'elle engendre, nous n'aurions pas cru nécessaire de la réfuter avec étendue.

SECTION VII.

DES CHANGEMENTS ET CONTRE-LETTRES.

Sommaire.

135. Les conventions matrimoniales peuvent être changées avant le mariage, mais à certaines conditions ; texte des art. 1396 et 1397.
136. Que faut-il entendre par *changements* et par *contre-lettres?*
137. On ne peut considérer comme des changements ou contre-lettres les donations nouvelles faites par des tiers, ni les dispositions simplement interprétatives.
138. Il n'est pas indifférent toutefois qu'on emploie pour ces dispositions interprétatives ou donations nouvelles les formalités nécessaires pour les contre-lettres.
139. On doit considérer comme changements toutes donation nouvelle ou vente faites par l'un des époux à l'autre, et toute remise de la dot faite par le mari.
140. La loi exige pour la validité des contre-lettres, à l'égard des époux : un acte notarié passé avec les mêmes solennités que le contrat de mariage, la présence et le consentement *simultané* de toutes les personnes qui ont été *parties* dans ce contrat.
141. Quelles sont les personnes qu'on doit considérer comme *parties?*
142. Qu'arrive-t-il quand une des personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage ne veut ou ne peut consentir à la contre-lettre?
143. Il faut distinguer, à l'égard des époux, trois sortes de changements quant à l'étendue de leurs effets.
144. La contre-lettre, pour être valable à l'égard des tiers, doit, en outre, être transcrite à la suite de la minute du contrat de mariage.
145. Quelles sont les personnes qu'on doit, en cette matière, considérer comme des tiers, et non pas comme de simples ayants-cause?
146. Il faut enfin qu'une expédition de la contre-lettre accompagne toujours celle du contrat de mariage, à peine de dommages-intérêts des *parties* contre le notaire.

(1) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 38; Battur, t. I, p. 2 et suiv.; Zachariæ, t. III, p. 397, not. 12.

V. sur les applications du principe de l'immutabilité, *Civ. rej.*, 23 août 1826 (Ogé c. Mennet). Toulouse, 7 mai 1829 (Delage c. Miramont). Bordeaux, 8 décembre 1831 (aff. David).

147. Quand l'expédition de la contre-lettre n'accompagne pas celle du contrat, est-ce au tiers ou à l'époux que cette omission doit préjudicier? Discussion.

148. On doit donc distinguer, sous le rapport de leur efficacité, quatre sortes de contre-lettres.

135. Les conventions matrimoniales ne deviennent immuables qu'après la célébration du mariage. Jusque-là, elles peuvent recevoir des changements; mais ces changements, pour produire un effet légal, soit à l'égard des parties, soit à l'égard des tiers, sont soumis à diverses conditions indiquées dans les art. 1396 et 1397.

Aux termes du premier de ces articles, les changements faits avant la célébration du mariage doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage : « Nul changement ou contre-lettre, ajoute l'article, n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. »

« Tous changements et contre-lettres, dit ensuite l'art. 1397, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra, à peine des dommages et intérêts des parties, et sans plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. »

136. Précisons bien d'abord à quelle sorte d'actes s'appliquent les articles précités, c'est-à-dire ce qu'on doit entendre par changement ou par contre-lettre.

Apporter un *changement* au contrat de mariage, c'est modifier sur quelque point le régime stipulé dans le pacte matrimonial, ou les donations faites dans le contrat en faveur des époux ou de l'un d'eux. Quant à la *contre-lettre*, elle ne diffère du changement que comme l'espèce diffère du genre. Il semble, en effet, que l'expression de *contre-lettre* convient plus particulièrement aux conventions dont le résultat évident est de diminuer pour quelqu'un des époux les avantages du pacte primitif.

Si, par exemple, au don d'un immeuble fait dans le contrat de mariage, les parties substituent ensuite un don égal d'une somme d'argent, c'est un simple changement; mais si elles déclarent que la donation n'est point sérieuse, ou qu'elle ne produira d'effet qu'à concurrence de la moitié, des trois quarts, etc., c'est une contre-lettre.

Au demeurant, il importe peu de distinguer les simples changements des contre-lettres, puisque ces deux sortes d'actes ne produisent d'effet qu'aux mêmes conditions.

137. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'on ne peut considérer comme des changements, ni comme des contre-lettres, les dispositions nouvelles dont le but est seulement d'expliquer les conventions matrimoniales, ou d'améliorer évidemment la condition des époux, en d'autres termes, les conventions interprétatives ou additionnelles. Il est clair, par exemple, qu'une donation nouvelle, faite à un des époux depuis le contrat de mariage, ne change absolument rien à ce contrat, et ne fait que rendre le mariage plus avantageux. Cette donation donc ne laisse certainement pas d'être valable, quoique toutes les personnes qui ont été parties dans le pacte matrimonial n'y aient point assisté (1) : et nous en disons autant des clauses interprétatives.

138. Cependant, il ne faudrait pas que, sous prétexte de dispositions interprétatives, les époux, ou l'un d'eux, pussent changer, en réalité, quelqu'une des clauses du pacte matrimonial à l'insu des autres parties. Il y a donc toujours une différence importante entre les dispositions qualifiées interprétatives, pour lesquelles on a suivi les formes établies par les art. 1396 et 1397 du Code, et celles pour lesquelles ces formes n'ont pas été observées. Quant aux premières, ni les époux ni les tiers ne seraient recevables à prétendre que le sens du premier pacte a été mal interprété ; car l'intention de toutes les parties de s'en tenir aux conventions dernières est indubitable, et ces conventions, dès lors, doivent valoir, au besoin, comme changements. Quant aux secondes, au contraire, les tribunaux devraient les déclarer sans effet, s'il paraissait qu'en réalité le sens du contrat de mariage fût autre.

De même, pour les donations nouvelles faites depuis le contrat de mariage, il n'est pas toujours indifférent qu'elles soient faites simplement dans la forme des donations ordinaires, ou qu'elles aient lieu dans la forme des changements ou contre-lettres.

Lorsque, par exemple, elles sont faites dans la forme des donations ordinaires, elles ne peuvent porter que sur des biens présents du donateur, parce que les donations de biens qu'on laissera à son décès, et les donations cumulatives de

(1) V. *Civ. rej.*, 18 avril 1812 (aff. Vidard) ; *Civ. cass.* ; 19 janvier 1836 (aff. Pons). V. aussi M. Zachariæ, t. III, p. 397.

biens présents et à venir, ne sont autorisées par les art. 1082, 1084 et 1086 du Code, que dans les *contrats de mariage* taxativement (1). Faites, au contraire, dans la forme indiquée par l'art. 1396, elles s'identifient avec le contrat de mariage et participent à toutes ses prérogatives.

De même, si une femme qui a déclaré dans le pacte matrimonial vouloir embrasser le régime dotal, obtient depuis le contrat et avant la célébration une donation constatée simplement dans la forme des dons entre vifs, ce qui lui est donné par cet acte n'est pas de plein droit réputé dotal, parce que l'art. 1541 n'attache la présomption légale de dotalité qu'à ce qui est donné en *contrat de mariage*. Mais l'objet donné, est dotal, sauf stipulation contraire, si la libéralité a eu lieu dans la forme indiquée par l'art. 1396, parce que ce don forme alors un seul tout avec le contrat dont il n'est qu'une sorte d'appendice.

139. On doit considérer comme un changement au contrat de mariage, toute donation faite ou toute vente passée par l'un des époux à l'autre dans l'intervalle du contrat notarié à la célébration (2), comme aussi toute remise de la dot consentie par le mari, quand même elle serait déguisée sous la forme d'une quittance : et la preuve que la quittance est frauduleuse pourrait, comme la preuve de toute fraude en général, être faite par témoins ou par présomptions (3).

140. Reprenons maintenant en détail les diverses conditions exigées par la loi pour la validité des changements ou contre-lettres, soit à l'égard des époux, soit à l'égard des tiers.

A l'égard des époux, l'art. 1396 exige, comme condition essentielle, d'abord un acte notarié passé avec les mêmes solennités que le contrat de mariage, et puis *la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage*.

Cette dernière exigence de la loi s'explique d'elle-même. Toutes les dispositions d'un contrat de mariage se présentent à l'esprit comme déterminées les unes par les autres, en sorte

(1) C'est du moins l'opinion de plusieurs auteurs. V. MM. Delvincourt, t. II, p. 421 des notes ; Dalloz aîné, t. VI, p. 209, n° 25 ; Armand Dalloz, v° *Donation par contrat de mariage*, n° 104. MM. Grenier, *Des donations*, n° 426, et Toullier, t. V, n° 830, sont d'un avis contraire.

(2) V. *Civ. cass.*, 23 juin 1813 (Frégeville) ; 31 janvier 1837 (Bacalan).

(3) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 61 ; Battur, t. I, n° 50 ; Zachariæ, t. III, p. 398, note 13.

qu'une seule venant à changer, toutes les autres sont censées n'avoir plus de cause, comme dans certains tissus quand une seule maille vient à se rompre tout le tissu se lâche. Un père, par exemple, n'a consenti au mariage de son fils que parce que la future lui paraît suffisamment dotée; la dot de la future ne saurait donc être diminuée à l'insu du père du futur, puisque la quotité même de cette dot a été la raison déterminante de l'assentiment donné par le père au mariage. De même, un oncle, ou tout autre parent du futur, fait à ce dernier une libéralité, parce qu'un parent de la future fait de son côté à celle-ci une libéralité semblable: on ne saurait donc admettre qu'un changement ignoré du parent du futur vienne dégager le parent de la future tout en laissant le parent du futur engagé.

La loi même ne veut pas que les futurs puissent surprendre ou arracher, par des obsessions individuelles, le consentement des diverses personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. Elle exige la *présence* de toutes ces personnes à l'acte et leur *consentement simultané*, parce que tel qui peut donner un consentement quand il se trouve seul et circonvenu, pour ainsi dire, comme une place assiégée, peut le refuser quand d'autres intéressés, ou même le notaire, lui communiquent plus de lumières, ou lui inspirent plus de fermeté.

141. Mais quelles sont les personnes qu'on doit considérer comme ayant été *parties* au contrat de mariage, et dont l'assistance est dès lors requise pour la validité du changement ou de la contre-lettre? C'est un point bien important à fixer.

On ne saurait évidemment considérer comme parties ni les témoins du premier acte, ni les tiers qui y ont figuré seulement *honoris causâ*, sans prendre aucune part aux stipulations qu'il renferme, ni même les tiers qui n'ont pris qu'une part passive à ces stipulations, comme serait un débiteur qui aurait accepté une délégation faite par la femme au mari pour le payement de sa dot, ou par un donateur à l'époux qu'il aurait gratifié. Cela fut expressément reconnu au conseil d'état, dans la séance du 6 vendémiaire an XII (1).

Mais on doit considérer comme *parties*, non-seulement les deux futurs, ce qui va sans dire, mais encore, 1° les père, mère ou autres ascendants de chacun d'eux qui leur ont fait quelque libéralité; 2° tous autres donateurs, même complétement étrangers à la famille, comme cela fut dit expressément au conseil

(1) V. M. Locré, *Législation civile*, t. XIII, p. 172.

d'état dans la même séance du 6 vendémiaire an XII ; 3° les père, mère ou autres ascendants des époux, quoiqu'ils n'aient fait aucune libéralité dans le contrat, si leur consentement était nécessaire pour la validité du mariage, parce que les stipulations faites sont présumées avoir été l'une des causes de ce consentement (1).

Faut-il considérer également comme *parties* les père, mère ou autres ascendants du futur déjà majeur pour le mariage, mais qui n'aurait pu se passer du consentement de ces ascendants qu'après leur avoir signifié des actes respectueux pour obtenir leur conseil? M. Duranton incline pour l'affirmative (2), et son opinion est aussi la nôtre. Il se pourrait, en effet, que l'ascendant du futur pour lequel le changement est désavantageux, eût refusé son consentement, s'il eût eu connaissance de ce changement, et que ses conseils eussent détourné son descendant de l'union projetée.

Si donc le changement ou la contre-lettre ont eu lieu sans que quelqu'une des personnes que nous venons d'indiquer y ait concouru ni y ait été appelée, les futurs ayant été privés par là des lumières et des avis d'un de leurs conseils naturels, le changement ou la contre-lettre sont légalement présumés l'effet de la surprise, et sont par conséquent nuls et de nul effet.

142. Mais que décider, si l'un des donateurs appelé pour assister au changement, refuse son consentement, ou s'il est décédé ou tombé dans les liens de l'interdiction depuis le contrat, ou bien enfin si, légalement prévenu de se rendre à jour et heure fixes devant le notaire, il ne s'y présente point?

M. Toullier (3), s'étayant de l'autorité de M. Malleville, enseigne qu'en ce dernier cas l'absence de la partie dûment appelée équivaut à son consentement formel. C'est une erreur manifeste, prouvée par le texte même de l'art. 1396, qui exige expressément la *présence* de tous ceux qui ont été parties dans le contrat de mariage. Il est même à remarquer qu'un membre

(1) V. MM. Bellot, t. I, p. 42; Battur, t. I, n° 47 ; Zachariæ, t. III, p. 399, note 15.

(2) T. XIV, n° 57 ; *Junge*, M. Taulier, t. V, p. 28. Les auteurs cités dans la note précédente et M. Toullier, t. XII, n° 51, se prononcent en sens contraire.

(3) T. XII, n° 50; M. Battur, t. I, n° 49, suit M. Toullier. Mais tous les auteurs repoussent cette doctrine. V. MM. Bellot, t. I, p. 54; Duranton, t. XIV, n° 53 ; Zachariæ, t. III, p. 399, note 17.

du conseil d'état, M. Jollivet, avait expressément proposé d'ajouter à ces mots de l'article : *sans la présence des personnes qui ont été parties dans le contrat*, ceux-ci : *ou elles dûment appelées*, mais que cette proposition ne fut pas accueillie (1). On conçoit, en effet, que si une sommation donnée aux diverses personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage pouvait équivaloir à leur assentiment, il serait facile d'éluder le but de la loi, en choisissant, pour donner la sommation, le moment où la partie dont on craindrait quelque résistance serait absente ou empêchée.

Est-ce à dire, toutefois, que la non comparution d'une partie légalement appelée doive rendre tout changement au contrat primitif absolument impossible? Cette conséquence serait exagérée, et pourrait avoir le plus fâcheux résultat, celui de faire manquer le mariage.

Ce cas donc doit être assimilé à celui où quelqu'un des donateurs est mort ou a été interdit depuis le contrat, ou bien résiste devant le notaire aux changements que les contractants voudraient opérer; et la raison elle-même avertit que, dans de semblables conjonctures, l'absence du consentement de ce donateur aux changements projetés ne peut avoir d'autre effet que de faire considérer la libéralité qu'il avait faite dans le premier contrat comme non avenue. C'est alors comme si les futurs, au lieu de changer seulement le précédent contrat, déclaraient l'abandonner et en faisaient un tout nouveau (2).

143. Il faut donc distinguer, à l'égard des époux, trois sortes de changements ou contre-lettres.

Les premiers sont ceux qui sont faits avec la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage. Ceux-là produisent leur entier effet.

Les seconds sont ceux qui ont eu lieu à l'insu de quelqu'une de ces parties, ou auxquels l'une des parties n'a donné son assentiment que par acte séparé. Ceux-là sont nuls et de nul effet, parce qu'il y a présomption *juris et de jure* de surprise et de captation à l'égard de celui des époux auquel le changement a été préjudiciable. Partant, la partie qui n'a pas été prévenue, ou qui n'a donné qu'un assentiment par acte séparé, reste sans nul doute obligée, mais la partie que le changement

(1) V. M. Locré, *Législation civile*, t. XIII, p. 172.
(2) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 66; Zachariæ, t. III, p. 399.

ou la contre-lettre avaient pour but de libérer reste obligée pareillement, ou, si le changement avait pour but de l'avantager, elle ne peut se prévaloir de cet avantage. Le changement, en un mot, ou la contre-lettre, sont réputés non écrits, et l'on n'en tient nul compte.

Enfin, les derniers sont ceux qui ont eu lieu sans nulle surprise, mais malgré la résistance, ou sans le concours devenu impossible d'une des personnes qui avaient fait une libéralité dans le contrat. Le changement alors peut et doit valoir, parce que le pire des inconvénients serait que l'impossibilité absolue de l'opérer fût un obstacle insurmontable au mariage; mais la libéralité faite par le donateur est résolue, parce qu'elle est censée n'avoir eu lieu que sous la condition que le contrat de mariage ne souffrirait aucune altération.

144. Occupons-nous maintenant des effets du changement ou de la contre-lettre, à l'égard des tiers.

Il est évident d'abord que les contre-lettres, qui sont nulles à l'égard des époux eux-mêmes, ne pourraient valoir, à plus forte raison, vis-à-vis d'autres personnes. Mais celles mêmes qui sont valables vis-à-vis des époux restent souvent sans effet à l'égard des tiers. C'est ce qui arrive, en premier lieu, quand le changement ou la contre-lettre n'a pas été rédigé à la suite de la minute du contrat de mariage. L'art. 1397 est précis sur ce point, et ne peut donner lieu à aucun doute. On conçoit, en effet, que si des contre-lettres, complétement détachées du contrat de mariage, pouvaient avoir quelque efficacité vis-à-vis des tiers, ceux-ci seraient exposés à une multitude de fraudes, dont il leur serait impossible de se garantir.

145. Il importe seulement de préciser avec exactitude quelles sont les personnes qui peuvent s'attribuer cette qualité de *tiers*. Il est indubitable, en effet, que les conventions valables pour les époux le sont également pour leurs ayants-cause, et dès lors il est du plus grand intérêt, ici comme en général dans tout le droit, de distinguer les ayants-cause des tiers.

Supposer d'abord qu'on devrait considérer comme ayants-cause tous ceux qui ont traité avec quelqu'un des époux depuis la contre-lettre, serait chose absurde, puisqu'alors l'inefficacité de la contre-lettre ne pourrait être invoquée utilement par personne.

Prétendre, d'un autre côté, que tout créancier, ou même tout acquéreur ou cessionnaire des époux ou de l'un d'eux, doit être considéré comme tiers, ce serait, ce nous semble, aller beaucoup trop loin.

La ligne de démarcation doit donc être tracée en suivant l'esprit de la loi, laquelle a voulu seulement protéger tous ceux qui traiteraient avec les époux sur la foi du contrat primitif. Ainsi, quand la convention du pacte matrimonial à laquelle la contre-lettre déroge a été l'un des motifs déterminants de l'acte, et que l'effet de cette convention n'est pas de nature à pouvoir être détruit depuis le mariage, ceux à qui le contrat a été consenti sont véritablement des tiers auxquels la contre-lettre ne saurait nuire.

On doit, au contraire, considérer comme de simples ayants-cause, non-seulement ceux qui ont traité sans avoir nullement en vue la convention abrogée ou modifiée par la contre-lettre, comme sont en général les créanciers cédulaires, mais encore, ce nous semble, ceux qui auraient traité en vue de cette convention, si, depuis le mariage, elle avait pu être détruite ou changée; car, puisqu'ils ne pourraient pas se prévaloir de leur ignorance à l'égard d'un fait survenu depuis le mariage, on ne voit pas pourquoi ils pourraient opposer avec plus d'avantage leur ignorance d'un fait passé auparavant.

Supposez, par exemple, qu'une contre-lettre, faite d'ailleurs solennellement et avec le consentement des deux familles, ait réduit à dix mille francs la dot de la femme, fixée d'abord à vingt mille, celui auquel le mari aurait cédé sa créance ne pourrait pas plus exiger cette dernière somme, qu'il ne le pourrait si, en l'absence de toute contre-lettre, le mari avait déjà touché dix mille francs lors de la cession. Le cessionnaire, ne méritant pas plus de faveur dans un cas que dans l'autre, doit être réputé, dans tous deux, simple ayant-cause.

Au contraire, il faut considérer comme tiers, celui à qui le mari aurait vendu un immeuble de sa femme, ameubli par le contrat de mariage, mais redevenu propre par la contre-lettre, comme aussi celui à qui le mari et la femme auraient vendu un immeuble, paraphernal d'après le contrat, mais stipulé dotal par la contre-lettre; car on ne peut imputer alors aucune faute à l'acquéreur, puisque le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales durant le mariage, sur lequel il devait naturellement compter, devait lui faire considérer l'aliénation comme tout à fait licite.

Passons maintenant à une troisième hypothèse.

146. La contre-lettre, après avoir été transcrite à la suite de la minute du contrat de mariage, peut n'avoir pas été transcrite à la suite de l'expédition de ce contrat. Le notaire, d'après l'ar-

ticle 1397, est alors passible des dommages-intérêts des *parties*.

Mais quelles sont les personnes que la loi désigne ici sous le nom de *parties?* Est-ce à dire que la contre-lettre ne laissera pas de produire son effet à l'égard des tiers, sauf leur recours contre le notaire; ou bien, au contraire, qu'elle restera sans effet vis-à-vis des tiers et que le recours contre le notaire devra seulement être exercé par les époux s'ils s'y croient fondés?

M. Duranton (1) a embrassé le premier sentiment; M. Toullier (2), le second.

En principe, c'est la doctrine du premier auteur qui doit obtenir la préférence.

Le mot *parties* dont argumente M. Toullier en disant qu'on ne peut raisonnablement l'appliquer à des tiers, ne fournit en réalité aucun appui à sa doctrine; car il est très-ordinaire de désigner par là toute personne qui éprouve un préjudice. C'est donc comme si le législateur avait dit, *sauf le recours des parties lésées*, ce qui laisse la question entière.

147. L'historique de la formation de la loi ne fournit pas plus de lumières. A la vérité, l'article correspondant du projet primitif portait: « Tout changement, même revêtu des formes prescrites par l'article précédent, sera sans effet à l'égard des tiers, s'il n'a été rédigé à la suite de la minute du contrat de mariage, *si l'expédition n'en est délivrée à la suite de l'expédition de ce contrat*, et s'il n'en a été fait mention expresse sur le registre de l'enregistrement en marge de l'article qui contient l'enregistrement du contrat (3). » Mais, dans la séance du conseil d'état du 6 vendémiaire an XII, le consul Cambacérès fit d'abord remarquer qu'il était dangereux de faire dépendre la validité du changement fait aux conventions matrimoniales, de la négligence ou de la mauvaise volonté d'un simple employé de l'enregistrement, et que les tiers ont la facilité d'aller consulter l'acte chez le notaire qui l'a reçu. A la suite de ces observations, la suppression des derniers mots de l'article, *et s'il n'en a été fait mention expresse*, etc., fut prononcée (4).

Il semblait admis pourtant, en limitant la suppression à ces derniers mots, que les changements seraient nuls vis-à-vis des tiers, non-seulement s'ils n'avaient pas été rédigés à la suite de

(1) T. XIV, n° 69. M. Zachariæ, t. III, p. 40^a, note 20, est du même avis.
(2) T. XII, n° 68.
(3) V. M. Locré, *Législation civile*, t. XIII, p. 127.
(4) V. M. Locré, *loc. cit.*, p. 173.

la minute du contrat de mariage, mais encore si l'expédition n'accompagnait pas celle du contrat.

Mais le tribunat proposa une autre rédaction de l'article, qui est celle qui a passé dans le Code, et quoique le tribunat se soit borné à dire, pour motiver le changement, « qu'il paraissait très-utile, *pour l'exécution même de la loi*, de prononcer directement contre le notaire la défense de séparer dans l'expédition le changement ou la contre-lettre du contrat de mariage (1), » il n'en résulte pas que le changement de rédaction ne dût pas avoir d'autre portée.

Les discussions préparatoires ne fournissant ainsi sur la question que des lueurs incertaines, c'est dans la raison et l'équité qu'il faut en chercher la solution.

Or, l'équité dit bien, il est vrai, que celui des époux qui a produit lui-même l'expédition tronquée ne peut pas se prévaloir de sa fraude : aussi confessons-nous que, quant à celui-là, les tiers peuvent opposer à bon droit leur ignorance de la contre-lettre (2). Mais il ne saurait en être de même de l'époux dont la bonne foi est entière, car il mérite plus de faveur que le tiers avec lequel l'autre époux a contracté. Cet époux, en effet, n'avait aucun moyen d'empêcher la faute du notaire, tandis que le tiers aurait pu, comme le faisait remarquer le consul Cambacérès, demander, pour traiter avec plus de sûreté, à voir la minute même du contrat. Or, le préjudice que la faute du notaire occasionne doit être plutôt pour le tiers qui a commis une imprudence, quoique légère, que pour l'époux qui n'en a commis aucune. Aussi, dans un cas analogue dont nous parlerons dans la section suivante, verrons-nous que l'art. 68 du Code de commerce fait retomber la faute du notaire sur les créanciers et non sur l'époux de bonne foi.

148. Pour résumer nos précédentes explications, nous distinguerons, avec tous les auteurs, quatre espèces de contre-lettres.

1° Celles qui n'ont pas eu lieu par acte notarié retenu en minute, ou bien avec le consentement simultané de tous ceux qui avaient été parties dans le contrat de mariage, lesquelles en principe, et sauf quelques précisions que nous avons faites, restent sans effet aucun.

2° Celles qui ont eu lieu dans ces conditions, mais qui n'ont pas été rédigées à la suite du contrat de mariage, lesquelles pro-

(1) V. M. Locré, *loc. cit.*, p. 244.
(2) V. M. Battur, t. I, n° 53.

duisent tout leur effet entre les parties qui y ont figuré, mais ne peuvent en aucun cas être opposées aux tiers.

3° Celles qui ont été rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage, mais qui n'ont pas été transcrites à la suite de l'expédition, lesquelles, dans notre doctrine, produisent, du moins en principe, leur effet à l'égard des tiers, et donnent lieu seulement à un recours contre le notaire.

4° Enfin, celles qui, transcrites à la suite de la minute du contrat, le sont aussi à la suite de l'expédition, lesquelles produisent leur entier effet, sans que le notaire puisse être soumis à aucune garantie.

SECTION VIII.

DE LA PUBLICATION DES CONTRATS DE MARIAGE.

Sommaire.

149. Quand l'un des époux est commerçant, la loi veut que son contrat de mariage soit porté à la connaissance du public.
150. Quelles indications l'extrait public doit-il contenir?
151. Du cas où l'un des époux n'embrasse le commerce qu'après le mariage.
152. La publication n'est exigée que des commerçants, et non point des artisans.

149. Il est une classe de citoyens dont le régime matrimonial doit être porté à la connaissance du public, à raison du grand nombre de personnes avec lesquelles ils peuvent avoir des rapports d'intérêt; ce sont les commerçants.

L'art. 67 du Code de commerce dispose donc: « Tout contrat de mariage entre époux dont l'un sera commerçant, sera transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure civile, pour être exposé au tableau, conformément au même article. — Cet extrait annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.»

« Le notaire qui aura reçu le contrat de mariage, ajoute l'article 68, sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article précédent, sous peine de cent francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion. »

Les époux peuvent n'être ni communs en biens, ni séparés, ni mariés sous le régime dotal, parce qu'ils ont pu adopter simple-

ment le régime exclusif de la communauté. Il est évident que le contrat n'en doit pas moins être exposé par extrait, lequel doit alors indiquer que les époux sont mariés sous ce régime.

150. Mais quand, en adoptant la communauté, ils ont apporté seulement des restrictions à ce régime, est-il nécessaire d'annoncer ces restrictions, de dire, par exemple, que la communauté est réduite aux acquêts, ou que la femme a stipulé la reprise franche et quitte de son apport, etc.? L'affirmative ne peut faire aucun doute, quand la clause est de nature à pouvoir nuire aux tiers; car indiquer simplement alors que les époux sont communs en biens, ce serait induire les tiers en erreur, au lieu de leur fournir une indication utile.

La loi, du reste, n'exige pas que l'extrait contienne autre chose que l'indication du régime adopté par les époux. Il n'est donc pas nécessaire d'indiquer le chiffre de la dot de la femme, ni les libéralités qui ont pu être faites à l'un ou à l'autre des époux. Les tiers qui auraient intérêt à obtenir des renseignements sur ce point, doivent donc, avant de traiter, demander l'exhibition du contrat de mariage.

151. L'art. 69 prévoit les cas où l'un des deux époux n'embrasse la profession de commerçant qu'après le mariage contracté. « L'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, y est-il dit, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce; à défaut de cette remise, il pourra être, en cas de faillite, condamné comme banqueroutier simple. »

La loi, comme on voit, ne parle que de l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal; mais on doit, comme nous l'avons dit, assimiler à l'époux séparé celui vis-à-vis duquel le régime de la communauté légale a été modifié dans un sens qui pourrait nuire aux tiers.

152. Il n'est pas nécessaire d'ajouter que l'obligation de remettre l'extrait n'est relative qu'aux contrats de mariage des époux qui font du commerce leur profession habituelle, et qu'elle ne s'applique pas aux simples artisans.

SECTION IX.

DE LA CADUCITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE ET DE SA NULLITÉ.

Sommaire.

153. Les conventions matrimoniales sont caduques quand le mariage ne s'ensuit pas.
154. Quand doit-on considérer la condition comme défaillie?
155. Que peuvent faire les tiers quand la célébration est trop retardée?
156. Le contrat de mariage reste aussi sans effet quand il est nul.
157. La nullité peut être demandée durant le mariage.
158. Mais il ne peut, durant cette époque, intervenir aucune ratification valable.
159. En cas de nullité relative, l'époux exposé à la nullité ne peut pas même contraindre l'autre à s'expliquer.

153. L'art. 1088 du Code déclare caduques toutes les donations faites en faveur du mariage, quand le mariage ne s'ensuit pas. Il doit en être de même des conventions matrimoniales.

Mais le contrat de mariage ne laisse pas de conserver son effet, quoiqu'il s'écoule un assez long intervalle avant que le mariage soit célébré. Par exemple, quoique les publications, d'après l'article 65 du Code, doivent être renouvelées quand il s'est écoulé plus d'un an sans que la célébration ait eu lieu, nous ne pensons pas que le contrat tombe lui-même en surannation.

154. Pour que le contrat perde son effet, il faut qu'il soit évident, ou par une notification juridique faite par l'une des parties à l'autre, ou par un événement qui implique nécessairement de la part de l'une d'elles un changement d'intention, que le projet de mariage auquel le contrat se référait a été définitivement abandonné. Et quand cet abandon absolu ne peut être douteux, si les parties revenaient ensuite à leur premier projet, un nouveau contrat serait indispensable, sans quoi elles seraient mariées sous le régime de la communauté légale.

Dans le cas, par exemple, où un contrat de mariage aurait été passé entre deux personnes dont l'une aurait ensuite contracté mariage avec un autre individu, si la personne engagée, devenue veuve, revenait à l'ancien projet d'union, le contrat de mariage originairement dressé ne pourrait produire quelque effet qu'autant que les parties auraient formellement déclaré vouloir le conserver.

155. Au demeurant, l'incertitude sur le point de savoir si le

mariage arrêté s'accomplira ou non, n'offre pas de graves inconvénients vis-à-vis des époux, puisque cette incertitude ne vient que de leur fait et qu'il dépend d'eux de la faire cesser. Mais que doit-on décider par rapport aux tiers qui ont fait quelque donation à l'un des futurs? Ces tiers ne sauraient évidemment se dégager par une simple notification faite avant la célébration du mariage. En effet, ils se sont liés dans le contrat d'une manière irrévocable, seulement sous la condition que le mariage serait contracté. Toutefois, comme toute condition, d'après l'art. 1175, doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût, et que les tiers ont dû penser que le mariage s'accomplirait bientôt, le donateur aurait, sans nul doute, le droit de citer les futurs époux en justice pour voir dire que faute par eux de célébrer leur mariage dans le délai qui leur serait fixé, la donation serait déclarée caduque.

156. Le contrat de mariage demeure également sans effet, quand il manque de quelqu'une des conditions intrinsèques ou extrinsèques prescrites pour sa validité (1).

Mais nous devons examiner ici, 1° si la nullité peut en être demandée durant le mariage, 2° si, durant la même époque, le contrat est susceptible de ratification.

157. On ne voit pas, d'abord, de motifs sérieux de douter que la nullité puisse être demandée durant le mariage. L'intérêt que peut avoir un des époux à faire prononcer cette nullité est quelquefois majeur, et l'intérêt, on le sait, est la mesure des actions. Si le contrat de mariage, par exemple, contient séparation de biens, le mari a grand intérêt à le faire annuler, pour avoir la jouissance, comme chef de la communauté, des biens de sa femme.

158. Il y a plus de doute sur le point de savoir si la nullité peut être couverte *constante matrimonio*, par une confirmation, ratification ou exécution volontaire. Nous n'hésitons pas cependant à décider la question négativement dans tous les cas (2).

Si le contrat de mariage, en effet, est nul pour défaut de forme, rien ne prouve légalement qu'il ait existé avant le mariage, et la prétendue ratification serait en réalité un contrat nouveau, postérieur à la célébration.

(1) V. ci-dessus, sect. II, et sect. VI.

(2) Les motifs d'un arrêt de la cour de cassation favorisent cette solution. *Req. rej.*, 31 janvier 1833 (aff. Quintard); et la question a été expressément résolue en ce sens par la cour de Nîmes, le 29 décembre 1841 (Manen et Mourgues c. Géminard).

S'agit-il d'une autre nullité, le fait de la passation du contrat avant le mariage sera sans doute certain. Mais si la nullité peut être invoquée par chacun des époux, il est encore vrai de dire que le contrat passé n'est qu'un vain simulacre, que les parties sont en réalité mariées sous le régime de la communauté légale, et que ratifier le contrat ce serait proprement renoncer au régime qui régit l'association pour en adopter un autre, ce que tous les principes condamnent.

Le cas le plus favorable est celui où la nullité ne serait que relative. Dans ce cas, le régime qui doit en dernière analyse régler l'association est incertain, et l'on peut dire qu'il est à la fois de l'intérêt des époux et de l'intérêt des tiers de faire cesser cette incertitude par une ratification. Toutefois, nous maintenons même dans ce cas la solution donnée. La ratification de l'époux auquel l'action en nullité compète, contiendrait, en effet, une renonciation virtuelle à une communauté non ouverte, que la loi ne nous semble pas autoriser. Cette ratification, d'ailleurs, si elle était au désavantage de l'époux qui l'aurait faite, serait une libéralité indirecte entre époux dont l'art. 1096 permet dans tous les cas la révocation, c'est-à-dire qu'elle ne vaudrait jamais comme ratification proprement dite, et qu'elle pourrait valoir tout au plus comme donation, si elle n'était pas révoquée.

159. Mais, dans l'hypothèse d'une nullité relative, l'époux qui ne peut se prévaloir de la nullité peut-il tout au moins actionner l'autre en justice pour le contraindre à s'expliquer? Aucune loi ne nous semble autoriser cette action. L'incertitude dans laquelle se trouve l'époux qui voudrait réclamer a, il est vrai, quelque chose de fâcheux; mais, comme cet époux doit attribuer cette incertitude à son fait ou à son imprudence, il est juste qu'il en supporte les conséquences. C'est ainsi que toute personne qui contracte avec un mineur ou un interdit, reste nécessairement, durant tout l'état de minorité ou d'interdiction de l'incapable, dans l'incertitude sur le sort des actes qu'elle a passés avec lui.

SECTION X.

DES EFFETS DE L'ANNULATION DU MARIAGE OU DE LA RATIFICATION DU MARIAGE NUL PAR RAPPORT AU CONTRAT.

Sommaire.

160. La nullité du mariage entraîne celle du contrat.
161. Effets pour le passé de la bonne ou mauvaise foi des époux ou de l'un d'eux.
162. Du cas où la nullité du mariage a été couverte.

160. Quand un mariage est annulé, il est évident que le contrat matrimonial doit suivre le même sort (1).

161. Mais, pour les effets qu'il a pu produire dans le passé, il faut distinguer entre le cas où les deux époux ont été également de mauvaise foi, et le cas où l'un des époux ou tous deux ont été de bonne foi.

S'il y a eu mauvaise foi des deux parts, le contrat ne peut produire aucun effet. L'association de fait qui a eu lieu entre les conjoints doit se régler alors conformément aux principes des sociétés ordinaires, et ne participer en rien aux faveurs et aux avantages des associations conjugales (2). Chacune des parties doit donc reprendre ce qu'elle a apporté; et les économies, ou les bénéfices qui ont été faits, doivent être divisés par égales parts, quel que soit le régime qui avait été adopté, à moins qu'il ne soit évident qu'un des époux y a eu plus de part que l'autre, auquel cas les tribunaux fixeraient la part de chacun.

Si, au contraire, les deux époux ont été de bonne foi, le contrat de mariage doit conserver tous ses effets pour le passé (C. civ., art. 201).

Enfin, si un seul a été de bonne foi, il dépend de celui-là de s'en tenir au contrat passé ou d'y renoncer, suivant qu'il y trouvera ou non son avantage (C. civ., art. 202); mais, en cas de renonciation, les intérêts respectifs doivent être réglés plutôt, comme il vient d'être dit, d'après les principes des sociétés, que d'après ceux de la communauté légale. Si, en effet, l'époux de bonne foi veut se prévaloir de sa qualité d'époux pour faire régler ses droits, le contrat de mariage doit le lier

(1) « Si adversus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec *dos* intelligitur » (Inst., § 12, *De nuptiis*).

(2) V. M. Duranton, t. XIV, nº 6.

pour le tout, en supposant que ce contrat n'ait en lui-même aucun vice propre : si cet époux aime mieux se présenter comme un étranger, les règles de la communauté légale ne sont pas plus applicables que celles des autres régimes.

162. Passons à l'hypothèse qui est de nature à se présenter le plus fréquemment, celle d'un mariage sujet à nullité, mais dont la nullité a été couverte. Les conjoints alors, dans le règlement de leurs intérêts, ne peuvent être considérés que comme époux. Mais le pacte matrimonial doit-il les lier, ou bien doivent-ils être considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale? Le pacte matrimonial doit les lier, s'il n'avait aucun vice propre, parce que le mariage étant devenu inattaquable, il n'y aurait pas de motif pour anéantir ce contrat (1). Si, au contraire, le pacte matrimonial était infecté d'un vice propre; si, par exemple, le mineur n'avait pas été assisté dans cet acte des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage, la ratification du mariage lui-même, motivée peut-être principalement par l'intérêt des enfants, n'emporterait point la ratification du pacte matrimonial (2).

Toute ratification spéciale de ce dernier acte durant le mariage semblerait même sans effet, comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, ainsi que nous avons tâché de l'établir dans la section précédente.

Toute partie fondée à provoquer la nullité du pacte matrimonial serait donc autorisée à demander que les effets de l'association conjugale fussent réglés d'après les principes de la communauté légale.

SECTION XI.

DE LA LOI QUI RÉGIT L'ASSOCIATION CONJUGALE.

Sommaire.

163. En principe, c'est la loi en vigueur lors de la célébration qui régit l'association conjugale.

164. Toutefois le contrat civil régulièrement passé sous la loi ancienne n'a pas besoin, en principe, d'être refait sous la loi nouvelle, quoique la célébration n'ait pas encore eu lieu.

(1) *Convalescit dotis constitutio* (l. 68, D., *De jure dotium*).

(2) V. M. Duranton, t. XIV, nos 9 et suiv.

163. Après le mariage, les lois nouvelles ne portent aucune atteinte aux droits des époux.
166. Applications de ce principe.
167. Mais la loi nouvelle règle les actes nouveaux passés par les époux depuis le mariage.

163. En principe, la loi qui doit régler l'association conjugale est celle qui est en vigueur au moment où le mariage a été contracté.

164. Toutefois, si dans l'intervalle du contrat à la célébration, une loi nouvelle avait exigé, pour la validité du contrat civil, quelques autres conditions, nous ne pensons pas que l'acte passé dût être refait. Cet acte, en effet, avait en lui-même toute sa perfection, et n'attendait plus que le mariage pour recevoir son application. Un contrat nouveau ne serait, en pareil cas, pour les parties, qu'un surcroît de dépense fâcheux, et un moyen pour les tiers qui auraient fait des libéralités dans le premier acte, de frustrer peut-être les futurs époux d'une espérance sur laquelle ils ont dû compter (1).

165. A plus forte raison, dès que le mariage a été contracté, les changements qui surviendraient dans la législation ne peuvent-ils plus atteindre les conséquences du mariage, en ce qui concerne les droits respectifs des époux.

Nous disons seulement, *en ce qui concerne les droits des époux, respectivement l'un à l'autre*, parce qu'il est de principe que les lois relatives à la capacité des personnes doivent recevoir une application immédiate. Avant le Code civil, par exemple, la femme mariée sous le régime dotal avait la faculté d'aliéner ses immeubles paraphernaux sans l'autorisation de son mari ni de la justice; aujourd'hui, elle ne le peut plus, quand même elle se serait mariée avant le Code (2). Tous les changements à la capacité des personnes étant, en effet, réputés faits à l'avantage des personnes qu'ils concernent, nul, aux yeux de la loi, ne peut avoir un motif fondé de s'en plaindre.

Il en est autrement pour ce qui regarde les biens, parce que chacun des époux a pu ne s'engager dans les liens du mariage qu'à raison des droits que la loi alors en vigueur lui conférait sur les biens de l'autre.

(1) V. en ce sens, Grenoble, 30 juillet 1835 (aff. Pirodon), et Bastia, 4 mai 1836 (aff. Pieraggi).

(2) V. MM. Bellot, t. IV, p. 301, et Armand Dalloz, v° *Paraphernaux*, n° 12.

166. Cette doctrine a reçu, dans la jurisprudence, un grand nombre d'applications.

Ainsi, il a été jugé maintes fois, que les femmes mariées avant la loi du 17 nivôse an II, sous l'empire d'une coutume qui accordait un douaire ou un augment de dot, pouvaient réclamer ce douaire ou cet augment, quoique le mariage n'eût été dissous que depuis la loi du 17 nivôse an II, qui abolit ces avantages (1).

Il a été jugé pareillement que les dispositions du Code de commerce qui restreignent les droits des femmes en cas de faillite de leurs maris, ne s'appliquent pas aux mariages contractés avant ce Code (2).

Il a été jugé encore que les époux mariés sous l'empire d'une coutume qui permettait de changer les conventions matrimoniales durant le mariage, ont conservé cette faculté depuis la publication du Code civil (3).

La loi abolitive du divorce, du 1er mai 1816, semble, au premier abord, fournir un argument puissant contre cette dernière solution. Cette loi, en effet, atteignit les mariages contractés avant sa promulgation, et non encore dissous, aussi bien que ceux contractés depuis, puisqu'elle disposa que les demandes en divorce pour cause déterminée alors pendantes étaient converties en demandes en séparation de corps (art. 2), et que celles fondées sur le consentement mutuel étaient réputées non avenues (art. 3).

Or, peut-on dire, si le législateur a pu conférer le caractère d'indissolubilité à des mariages qui ne l'avaient pas, à plus forte raison peut-il conférer celui d'immutabilité à des conventions matrimoniales qui en étaient auparavant dépourvues.

Mais la réponse à cette objection est facile. Il ne s'agit pas de savoir ce que peut le législateur, mais ce qu'il a fait. Or, tandis que la loi de 1816 a formellement exprimé qu'elle s'appliquait aux mariages contractés auparavant, le Code civil n'a nullement exprimé que l'immutabilité imprimée pour l'avenir aux conventions matrimoniales dût avoir un effet rétroactif.

On s'explique d'ailleurs aisément cette différence. Les législa-

(1) Bourges, 30 août 1806 (aff. Rouillère), *Cass.*, 10 août 1824 (aff. Carray).

(2) V. notamment *Cass.*, 9 avril 1834 (aff. Monroult).

M. Armand Dalloz, *Dictionnaire*, v° *Faillite*, nos 984 suiv., cite plusieurs autres arrêts rendus dans le même sens.

(3) Bruxelles, 17 février 1817 et 11 mai 1818; et *Cass.*, 8 mai 1817. Ces arrêts sont rapp. par M. Dalloz aîné, *Répertoire*, t. X, p. 167, n° 9.

teurs de 1816 ayant considéré l'indissolubilité du mariage comme de droit divin, il n'est pas surprenant qu'ils aient rendu pour les mariages déjà contractés la priorité à la loi divine sur la loi humaine. L'effet des conventions matrimoniales quant aux biens n'étant, au contraire, que de droit positif, il n'y avait pas de raison suffisante pour que les auteurs du Code civil s'écartassent, à cet égard, du principe de la non-rétroactivité.

167. Mais remarquons bien que la loi en vigueur lors du mariage ne règle, à l'exclusion des lois postérieures, que les conséquences naturelles de l'union conjugale. S'il s'agit d'actes nouveaux passés entre les époux depuis le mariage, et qui ne sont pas la suite forcée de leur union, c'est la loi en vigueur lors de ces actes qu'on doit consulter.

Des époux, par exemple, mariés sous l'empire d'une coutume qui autorisait les dons mutuels entre conjoints par un seul et même acte, ne sauraient se faire aujourd'hui des dons dans cette forme, ni se lier d'une manière irrévocable par des dons mutuels qu'ils auraient faits dans des actes séparés, quoique autrefois ces dons mutuels ne pussent pas être révoqués.

Ils ne sauraient non plus se consentir l'un à l'autre des contrats de vente hors des cas autorisés par le Code, quoique ces contrats ne leur fussent pas interdits par la loi en vigueur lors de l'union.

Il est saillant, en effet, que des dons, des ventes, et autres actes semblables, ne constituent pas des suites nécessaires du mariage; ce n'est donc pas la faculté de les faire, à plus forte raison la faculté de les faire en telle ou telle forme, qu'on peut supposer avoir été la cause déterminante de l'union.

Tels sont les principes qu'il faut suivre pour la solution des questions transitoires, toutes les fois que le législateur, par une déclaration expresse de sa volonté toute-puissante, n'a pas jugé à propos d'y déroger.

SECTION XII.

DES CONTRATS DE MARIAGE PASSÉS EN PAYS ÉTRANGERS.

Sommaire.

168. Les conventions faites en pays étranger doivent, en général, recevoir leur application en France.
169. Exception pour le cas où le mariage n'est pas connu.
170. Obligation pour les Français qui se sont mariés à l'étranger de faire connaître leur mariage en France.

171. Obligation analogue pour les étrangers.
172. Les cas non prévus expressément dans le contrat doivent également être réglés d'après la loi sous laquelle le mariage a été contracté.
173. Si cette loi accordait un douaire, il peut être exercé sur les biens de France ; discussion.
174. La femme étrangère jouit aussi de l'hypothèque légale sans inscription sur les immeubles de son mari situés en France.
175. Restriction à ce principe.

168. Toutes conventions contenues dans des contrats de mariage passés en pays étrangers, doivent, en principe, être exécutées sur les biens que l'un ou l'autre des époux possède en France, toutes les fois que ces conventions n'ont rien de contraire à notre droit public, et qu'elles seraient valablement stipulées dans un contrat de mariage passé sur notre sol.

169. Ce principe, toutefois, ne doit pas être appliqué aux tiers qui ont pu traiter avec l'un des époux dans l'ignorance du mariage par lui contracté à l'étranger, alors que ce mariage était généralement ignoré en France. La bonne foi de ces tiers doit alors les protéger.

170. Les auteurs du Code civil ont, du reste, senti la nécessité de porter à la connaissance des tiers les mariages célébrés par des Français en pays étranger. En effet, indépendamment des publications qui, aux termes de l'art. 170 de ce Code, doivent précéder ces mariages, l'art. 171 ajoute : « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. »

Ce n'est pas à dire pourtant qu'à défaut de cette transcription sur les registres de l'état civil, le mariage et les conventions qui l'ont accompagné soient nécessairement destitués d'effet vis-à-vis des tiers. L'art. 171 n'autorise pas une conséquence aussi rigoureuse (1).

Mais, à défaut de cette transcription, il faut au moins que la possession d'état y supplée ; et si les deux conditions manquent également, il serait injuste d'étendre aux tiers des conventions qu'ils n'ont pas pu même soupçonner.

(1) V. pourtant, en sens contraire, sur la question spéciale de l'hypothèque, l'arrêt du 6 janvier 1824 cité en note sous le n° 174. Cet arrêt est critiqué avec raison par M. Dalloz, *Rép.* t. X, p. 144, et par M. Troplong, t. II, n° 613 *bis* ; et la cour de cassation elle-même n'a pas persisté dans sa doctrine. V. la note déjà indiquée.

171. Supposons maintenant qu'au lieu d'un Français il s'agisse d'un étranger: on conçoit qu'il ne peut pas être traité d'une manière plus favorable que le Français. La possession publique de son état est donc indispensable pour que les conséquences de cet état puissent rejaillir sur les tiers.

172. Il faut suivre, ce nous semble, une doctrine analogue à l'égard des cas non prévus dans le contrat de mariage, c'est-à-dire qu'il faut appliquer aux biens de France la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté, sur tous les points que notre propre législation prescrit, ou du moins autorise, quand le mariage a acquis en France un caractère suffisant de notoriété.

Si, par exemple, d'après la loi sous laquelle le mariage a eu lieu, les biens dotaux de la femme étaient inaliénables, les biens dotaux qu'elle aurait en France le seraient aussi.

173. Bien plus, si la loi étrangère accordait de plein droit à la femme un douaire ou d'autres avantages matrimoniaux, ce douaire et ces avantages pourraient être réclamés sur les biens de France, toutes les fois qu'ils ne dépasseraient point la quotité disponible réglée par nos lois. Nous avons déjà fait remarquer, en effet, que les époux sont légalement présumés s'approprier, dans la loi sous laquelle ils contractent leur union, toutes les règles auxquelles ils ne dérogent point.

Pothier, il est vrai (1), et la plupart des anciens auteurs, enseignaient que les dispositions des coutumes relatives aux douaires étaient des statuts réels. Mais ils entendaient, ce nous semble, ce principe d'une manière trop absolue. Nous concevons, par exemple, qu'une femme mariée sous une coutume qui autorisait un douaire d'une certaine quotité, ne pût pas réclamer cet entier douaire sur les biens situés dans le ressort d'une coutume qui n'autorisait jamais qu'un douaire moindre, puisqu'une convention expresse contenue à cet égard dans le contrat de mariage n'aurait pas pu produire plus d'effet (2). Mais nous ne comprenons pas pourquoi la femme mariée sous une coutume qui donnait un douaire, n'avait, d'après ces auteurs, le droit d'en réclamer aucun dans une coutume qui ne reconnaissait que les douaires conventionnels. En effet, n'était-il pas à présumer que si les parties n'avaient rien stipulé, dans leur contrat, rela-

(1) *Traité du douaire*, n° 18, et *passim*.

(2) C'est le cas prévu par Pothier, au n° 128 de son traité, et nous adoptons pleinement son opinion sur ce point.

tivement au douaire, c'est parce qu'elles entendaient adopter purement et simplement celui que fixait la coutume sous laquelle elles s'unissaient, et n'est-il pas de principe certain que les conventions tacites ont la même force que les conventions expresses?...

174. Que dire enfin de l'hypothèque légale sans inscription, que notre législation accorde à la femme sur les biens de son mari? Cette hypothèque doit-elle protéger aussi la femme étrangère? C'est une question fort débattue entre les auteurs.

La plupart d'entre eux considèrent l'hypothèque légale sans inscription comme un bénéfice de la loi civile dont les Françaises seules doivent jouir (1); et c'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée (2).

Quelques-uns considèrent cette hypothèque comme une conséquence naturelle du mariage, quelles que soient les personnes entre lesquelles le mariage a été contracté (3).

Il en est d'autres, enfin, qui, adoptant un système intermédiaire, admettent en principe, que la femme étrangère n'est pas, à raison de son extranéité, privée de l'hypothèque légale, mais qui, rattachant le titre de cette hypothèque au statut personnel, ne l'accordent à la femme que tout autant que celle-ci y aurait droit d'après la loi de son pays (4).

(1) V. MM. Grenier, *Des hyp.*, t. I, nos 246, 247; Dalloz aîné, *Rép.* vo *Hyp.*, p. 195, no 12; Duranton, t. XIX. no 292; Battur, *Des hyp.*, t. II, no 351; Zachariæ, t. II, § 264, note 15; Massé, *Droit commercial*, t. II, no 332; Devilleneuve, nouv. éd. du *Rec. de lois et arrêts*, t. VII, 2, 212 aux notes.

(2) V. Liége, 16 mai 1823 (Lesueur c. Piock); Douai, 24 juin 1844 (Zanna c. Declercq). On peut voir comme conforme, la difficulté se résolvant d'après les mêmes principes, un arrêt d'Amiens du 18 août 1834 (aff. d'Hervas), et un autre de Rennes du 30 août 1845 (aff. Dugout), qui refusent l'hypothèque légale à des mineurs étrangers. — La cour de cassation n'a pas statué sur la question; mais elle a décidé que la femme étrangère mariée, en pays étranger, même avec un Français, n'a pas d'hypothèque sur les biens de son mari situés en France, lorsque du moins l'acte de mariage n'a pas été transcrit conformément à l'art. 171 du Code civil, *Req. rej.*, 6 janv. 1824 (aff. Coulon). Il convient, néanmoins, d'ajouter que la cour suprême, modifiant cette jurisprudence, a jugé plus tard que la formalité prescrite par l'art. 171 n'est pas réglementaire, et que la femme, devenue Française par son mariage, participe, sans avoir rempli cette formalité, au bénéfice de l'hypothèque légale. *Civ. rej.*, 23 novembre 1840 (aff. Gradis).

(3) V. MM. Merlin, *Rép.* vo *Remploi*, § 2, no 9; Troplong, *Des hyp.*, t. II, no 513 ter.; Tessier, *De la dot*, t. II, no 133.

(4) V. MM. Cubain, *Tr. des droits des femmes*, no 679; Demangeat, *Hist. de la condition civile des étrangers en France*, p. 380, no 82; Rapetti, *Con-*

Entre ces divers systèmes, nous inclinons vers le second. Sur quelle considération, en effet, se trouve basée l'hypothèque sans inscription accordée à la femme sur les biens de son mari, sinon sur l'état de dépendance où elle est placée vis-à-vis de ce dernier, état qui la met dans l'impossibilité morale de veiller par elle-même à la conservation de ses droits? Or, la femme étrangère n'est-elle pas dans la même dépendance? D'un autre côté, le lien qui l'unit à son mari n'est-il pas également sacré? Pourquoi donc, quand sa qualité d'épouse a acquis en France un degré suffisant de notoriété, pourquoi serait-elle traitée avec moins de faveur qu'une Française?

Notre législation n'est pas, comme l'étaient la plupart de celles de l'antiquité, une législation partiale, qui traite les étrangers en ennemis. L'esprit qui l'anime, c'est un esprit d'équité, qui ne fait pas acception des personnes. L'étranger donc ne doit être traité d'une manière plus rigoureuse que le régnicole, qu'autant que des raisons d'intérêt public l'exigent impérieusement, ou qu'il s'agit de protéger les régnicoles eux-mêmes contre une injustice dont ils seraient menacés.

175. C'est cette dernière considération qui fit ajouter à la loi abolitive du droit d'aubaine, du 14 juillet 1819, une restriction fort sage. D'après l'art. 2 de cette loi, dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci ont le droit de prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.

En raisonnant par analogie de cette disposition, nous penserions que, nonobstant le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, qui autorise le créancier à en faire porter tout le poids sur l'immeuble qu'il lui plaît de choisir, la femme étrangère ne pourrait se prévaloir de son hypothèque sur les biens de France qu'autant que les biens de son mari à l'étranger ne suffiraient pas pour la remplir de ses droits.

dition des étrangers, p. 121. C'est à cette dernière opinion que se rattache M. Valette, dans une dissertation intéressante dont nous n'avons pu prendre connaissance qu'après avoir écrit les lignes ci-dessus. V. le *Traité des priviléges et hypothèques* récemment publié par ce savant professeur, n° 139, p. 267 et suiv.

SECTION XIII.

DES DROITS D'ENREGISTREMENT DANS LEURS RAPPORTS AVEC LE CONTRAT DE MARIAGE.

Sommaire.

§ 1. — *Observations préliminaires.*

176. Transition.
177. Les droits d'enregistrement sont fixes ou proportionnels; règles d'application.
178. Nature des droits fixes; tarif.
179. Nature des droits proportionnels; tarif.
180. Les droits proportionnels embrassent les actes et les mutations. Mais, quoique confondus par la loi nouvelle, ces deux sortes d'impôts sont soumis, dans l'application, à des règles très-différentes.
181. Les obligations corrélatives dont se compose un contrat commutatif sont comprises toutes dans le droit auquel le contrat a été soumis par la loi fiscale; c'est le contrat dans son ensemble qui est atteint par le tarif.
182. Toutefois un même contrat peut donner ouverture à plusieurs droits, s'il contient plusieurs dispositions.
183. Mais il faut que ces dispositions soient indépendantes; si elles dérivaient nécessairement les unes des autres, un seul droit serait exigible.
184. La règle s'applique même au cas où les *dispositions dépendantes se* trouveraient constatées dans des actes postérieurs à d'autres actes enregistrés.
185. Transition au droit à percevoir sur les contrats de mariage. Considérés dans leur nature et leurs effets, ces actes sembleraient devoir rendre exigible un droit proportionnel, d'après les principes de la loi fiscale; mais, par une faveur spéciale, ils n'ont été soumis qu'à un simple droit fixe.
186. Il en était autrement sous la législation du contrôle et du centième denier.
187. Et même sous l'empire de la loi des 5-19 décembre 1790, dont les dispositions étaient, cependant, essentiellement favorables aux contribuables.
188. La loi du 22 frimaire an VII s'est écartée de ces principes pour faciliter les mariages.
189. La loi du 28 avril 1816 n'a également assujetti les contrats de mariage qu'à un simple droit fixe, nonobstant la proposition qui avait été faite de rétablir ce droit proportionnel; mais elle a élevé le tarif.
190. Toutefois il faut distinguer dans les contrats de mariage plusieurs sortes de dispositions : le droit fixe ne s'applique pas à toutes. — Division.

§ 2. — *Des conventions relatives aux apports faits par les époux eux-mêmes.*

191. C'est particulièrement aux contrats de mariage qui ne constatent que les apports des époux, que s'applique le droit fixe.

192. Les stipulations de communauté ne donnent pas ouverture à un droit particulier.

193. Quoique nul, le contrat de mariage passé sous seing privé ne rend exigible que les droits établis sur ces sortes de contrats, pourvu toutefois que l'acte soit présenté à la formalité avant la célébration; exception.

194. Des simples promesses de mariage.

195. Le droit établi sur les contrats de mariage embrasse la déclaration de la part des époux de ce qu'ils apportent eux-mêmes.

196. Suite.

197. Mais les déclarations d'apports faites par des époux mariés sans contrat sont soumises à une autre disposition du tarif.

198. L'estimation de la dot mobilière faite dans les termes de l'art. 1551 du C. civ. ne donne pas lieu à un droit particulier.

199. La faveur du mariage avait même étendu la règle, dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence, à l'estimation de la dot immobilière.

200. Mais aujourd'hui il faut adopter une solution contraire, dans le cas, du moins, où il y a vente expresse.

201. Il en est de même de la clause d'immobilisation de la dot constituée en argent et de la représentation par des biens du futur.

202. *Secùs* du pouvoir d'aliéner donné au mari par le contrat de mariage.

203. Même lorsqu'il s'agit de biens dotaux.

204. Le droit à percevoir sur les déclarations d'apports comprend-il la déclaration d'origine? Distinction; dons manuels.

205. L'affranchissement du droit ne s'applique pas seulement à la déclaration des apports faits par les époux eux-mêmes; il s'étend encore à la reconnaissance de la part du futur d'avoir reçu la dot apportée par la future.

206. Ainsi le droit particulier n'est pas dû sur de telles reconnaissances, soit que le contrat de mariage qui les constate établisse le régime dotal, soit qu'il établisse la communauté légale ou modifiée.

207. Le droit n'est pas dû non plus sur les reconnaissances qui constatent la réception de créances, effets mobiliers et tous autres objets qui tombent dans la communauté.

208. La règle s'étend même au cas où le contrat de mariage contient exclusion de communauté et obligation de la part du futur de payer à la future l'intérêt de la dot qu'il reconnaît avoir reçue.

209. Mais le droit serait dû sur la reconnaissance souscrite par le mari au profit de ~~sa femme~~ son mari.

210. De même un droit particulier est exigible si la dot est reçue par un autre que le mari, à moins que ce soit à titre de mandat.

211. Par conséquent, il n'y aurait pas lieu de percevoir un droit sur la stipulation par laquelle le père du futur qui doit recevoir la dot est chargé de l'employer dans l'intérêt du futur; solution contraire de la régie.

212. Si la dot est reçue conjointement par le père et son futur, il est dû un droit particulier sur la portion que le père a reçue, à moins que le père et le fils se soient obligés solidairement à la restitution, auquel cas l'exemption du droit dont jouit le fils profite au père.

213. La reconnaissance faite, pendant le mariage, dans le cas où les époux

sont mariés sans contrat, ne donne lieu qu'au droit fixe de déclaration pure et simple.

214. Dans le cas où le mariage a été précédé d'un contrat, cette reconnaissance ne donne lieu qu'au droit fixe établi sur les actes faits en exécution d'actes antérieurs enregistrés.

215. La règle s'applique au cas où il s'agit de biens dotaux.

216. Et même de biens paraphernaux. Distinction.

217. Ainsi qu'à la reconnaissance ayant pour objet des reprises à exercer par une femme qui renonce à la communauté.

218. De la délivrance de la dot par un autre que la future.

219. L'acte qui constate cette délivrance rend exigible soit le droit proportionnel de quittance, soit le droit fixe de décharge.

220. C'est le droit de décharge dans le cas où la dot délivrée par un tiers était entre les mains de ce dernier à titre de mandat.

221. C'est le droit de quittance lorsque le tiers détenait la dot à titre de prêt.

§ 3. — *Des contrats de mariage dans lesquels des avantages sont stipulés soit par les époux entre eux, soit en leur faveur par des tiers.*

222. Transition et division.

223. AVANTAGES ENTRE ÉPOUX. — Ils ont lieu par contrat de mariage ou par actes faits pendant le mariage. Dans le premier cas, ils rendent exigible un droit fixe indépendamment de celui du contrat.

224. Un seul droit est exigible pour toutes les stipulations avantageuses, en quelque nombre et sous quelque dénomination qu'elles soient faites.

225. Et même pour la donation mutuelle que les époux se feraient par le contrat.

226. Il ne serait dû aucun droit si la stipulation n'était pas réellement avantageuse; jurisprudence de la régie.

227. Suite.

228. Le droit fixe appliqué à ces dispositions est une conséquence du caractère d'éventualité qu'elles ont ordinairement.

229. Mais le contrat de mariage ne répugne pas aux donations actuelles; s'il en est stipulé de ce genre, le droit proportionnel est exigible.

230. Il y a donc lieu de distinguer soigneusement, dans l'application, si la clause est subordonnée ou non au prédécès du donateur.

231. Lorsque le droit proportionnel est exigible, il est réductible à moitié; mais le droit de 1 1/2 % doit être ajouté d'office pour transcription, si la chose donnée est un immeuble susceptible d'hypothèque.

232. Dans tous les cas, le droit proportionnel est dû indépendamment du droit fixe à percevoir sur le contrat, et même indépendamment du droit fixe auquel donneraient ouverture les donations éventuelles s'il en avait été stipulé de telles.

233. Lorsque la donation entre époux est faite pendant le mariage, un droit particulier est également exigible.

234. Cette donation ayant été considérée comme soumise, dans sa réalisation, à l'événement du décès, la régie a décidé que le droit fixe seulement est actuellement exigible.

235. Mais, d'après le dernier état de la jurisprudence qui attribue aux dona-

tions de l'espèce le caractère d'actualité, il semble que le droit proportionnel doit être perçu.

236. Il en est autrement si la donation a pour objet des biens à venir.

237. Dans tous les cas, les époux ne pouvant, pendant le mariage, se faire une donation réciproque par un seul et même acte, il s'ensuit que l'un et l'autre doivent acquitter le droit s'ils se font réciproquement donation par actes séparés.

238. Conventions et donations auxquelles des tiers sont parties. — Elles donnent également ouverture à un droit particulier; mais ce droit varie suivant les circonstances. Règles générales d'interprétation.

239. Des constitutions dotales par le survivant des père ou mère, avec imputation sur la succession du prédécédé; jurisprudence de la régie. — Instruction du 12 septembre 1830.

240. De la constitution par un frère ou par un autre cohéritier; la libéralité est moins facilement présumée dans ce cas.

241. Des abandons moyennant l'obligation de payer une pension ou de nourrir et entretenir les futurs et les enfants à naître.

242. De la convention de vie commune et d'association.

243. Lorsque les constitutions sont faites par les parents ou par l'un d'eux sans aucune imputation, elles présentent un caractère plus prononcé de libéralité; elles impliquent soit l'institution contractuelle, soit la donation entre vifs.

244. De l'institution contractuelle; caractères: elle ne rend exigible qu'un droit fixe sur le contrat.

245. Le droit n'est même ouvert que s'il y a réellement libéralité. Ainsi il ne suffirait pas d'une simple promesse.

246. Cependant il est certaines promesses qui équivalent à une institution contractuelle. De la promesse d'instituer un futur, héritier, faite dans le contrat de mariage.

247. Des promesses d'égalité. — Instruction du 23 juin 1836.

248. L'institution contractuelle donne ouverture à un droit proportionnel lorsqu'elle se réalise. Nature de ce droit. Mutation par décès. Tarif.

249. Des donations entre vifs. Elles rendent exigible un droit proportionnel sur le contrat. Mais ce droit est réduit lorsque ces donations sont faites par contrat de mariage. Tarif.

250. La réduction du droit ne profite pas aux donations, qui, quoique faites en considération du mariage, ne sont pas stipulées dans le contrat de mariage. Controverse.

251. A plus forte raison n'est-elle pas applicable lorsque le contrat de mariage qui constate la donation prouve par lui-même qu'elle a eu lieu auparavant.

252. Il en serait autrement si le futur se constituait des biens appartenant à son père présent au contrat.

253. C'est sur le contrat de mariage lui-même que le droit proportionnel doit être perçu. Il en est ainsi quand même ce contrat ne contiendrait pas une acceptation expresse du donataire.

254. Mais il faut du moins que la disposition constitue réellement une donation entre-vifs, et même qu'elle produise l'effet ordinaire des donations, c'est-à-dire le dessaisissement immédiat du donateur. Si elle

était suspendue dans son exécution, elle ne rendrait exigible qu'un droit fixe, sauf à percevoir le droit proportionnel de donation à l'événement.

255. La donation par contrat de mariage peut contenir soit des biens présents, soit des biens à venir, soit à la fois des biens présents et à venir. Dans les trois hypothèses, la disposition peut prendre le caractère de l'institution contractuelle ou celui de la donation entre vifs.

256. De la disposition ayant pour objet *des biens*. Elle est une institution contractuelle lorsqu'elle ne comprend que des biens à venir.

257. Si elle comprend à la fois des biens présents et à venir, elle ne donne ouverture au droit proportionnel pour les biens présents que lorsque le donataire doit entrer immédiatement en jouissance. — Avis du conseil d'État du 22 décembre 1809.

258. La solution s'applique même au cas où un état des dettes et charges du donateur a été annexé à la donation.

259. La transmission immédiate de la *nue propriété* ne rendrait pas le droit proportionnel exigible.

260. De la disposition ayant pour objet des *sommes d'argent*. Elle constitue la donation entre vifs si la somme est payable immédiatement.

261. *Quid* lorsqu'elle est payable au décès du donateur? Distinction. Jurisprudence de la régie.

262. La cour de cassation tend à considérer la donation comme transmissive actuellement, dans tous les cas, de la somme donnée, et comme rendant par conséquent le droit proportionnel exigible immédiatement.

263. Il s'ensuivrait qu'un nouveau droit ne serait pas dû à l'ouverture de la succession. Admise d'abord par la cour de cassation, cette conséquence a été ensuite repoussée.

264. Des donations alternatives.

§ 4. — *Des changements et résiliements.*

265. Les changements faits au contrat de mariage avant la célébration sont censés faire partie du contrat lorsqu'ils ont lieu en la forme prescrite. Conséquences.

266. Si ces changements ajoutent aux clauses donnant ouverture à des droits, il y a lieu de percevoir un supplément d'après les règles suivies pour la perception faite sur le contrat lui-même.

267. Si les changements n'ajoutent pas aux clauses dont il s'agit, il n'est dû qu'un droit fixe comme sur un acte innommé.

268. S'ils annullent des clauses de cette nature, il y a lieu, par exception aux règles générales en matière d'enregistrement, à la restitution des droits qui avaient été perçus.

269. De l'acte de résiliement en cas de non célébration de mariage. Droit auquel il est soumis.

270. Il entraîne, sous certaines conditions, la restitution des droits perçus sur le contrat de mariage, mais non de ceux qui se rattachent à des clauses que le résiliement laisse subsister comme n'étant pas essentiellement liées aux conventions matrimoniales.

271. Du cas où les parties célèbrent le mariage après la résiliation du contrat. Distinction.

§ 3. — *Des règles de perception.*

272. Les contrats de mariage doivent être présentés à la formalité par les notaires qui les ont reçus. Délais.
273. Les notaires sont débiteurs personnels et directs des droits, sauf leur recours contre les parties.
274. Mais ils ne doivent que les droits dont le contrat qu'ils présentent est susceptible par sa nature.
275. Ils ne sont pas comptables des suppléments qui pourraient être exigés après l'enregistrement.
276. De la restitution des droits perçus.
277. L'annulation du contrat, même pour vice radical, ne rend pas le droit restituable. Jurisprudence.
278. Mais la restitution doit avoir lieu lorsqu'il est reconnu que la célébration du mariage n'a pas eu et n'aura pas lieu, pourvu qu'elle soit demandée en temps utile.
279. Par quels moyens est-il suffisamment établi que le mariage n'aura pas lieu? Acte de résiliement.
280. Suite.
281. Quel est le délai dans lequel la demande en restitution doit être formée? Point de départ de ce délai.
282. Suite.
283. Transition.

§ 1er. — Observations préliminaires.

276. L'enregistrement est une formalité qui consiste dans la relation d'un acte ou d'une mutation sur un registre à ce destiné. L'accomplissement de cette formalité donne ouverture à des droits dont l'ensemble constitue l'impôt de l'enregistrement et augmente dans une proportion très-considérable les revenus du trésor.

En effet, parmi les stipulations que présentent les transactions civiles ou commerciales, il en est un très-petit nombre qui échappent à la loi fiscale. Les actes des notaires, des huissiers et autres ayant droit d'instrumenter; les actes des administrations; les acte judiciaires; les actes sous seing privé; les mutations mobilières ou immobilières entre vifs ou par décès, à titre gratuit ou onéreux, sont tributaires de l'impôt. Tous ces actes doivent être soumis à l'enregistrement, les uns dans un délai déterminé, les autres avant qu'il en puisse être fait aucun usage, soit en justice, soit par acte public, soit devant une autorité constituée. Et telle est l'extension que comporte la loi fiscale, qu'un acte même qui n'aurait

pas été spécialement tarifé, n'en devrait pas moins acquitter le droit; il tomberait sous l'application de la disposition générale qui atteint tous les actes que l'on est convenu, dans la pratique, de désigner sous la qualification d'*innommés* (1). Il n'y a d'exceptés, en un mot, que les actes qui ont été expressément compris par le législateur dans l'une des catégories d'exemption qu'il a établies.

C'est particulièrement dans la loi du 22 frimaire an VII que se trouvent les principes de la matière. Modifiée dans quelques-unes de ses parties, et notamment dans le tarif auquel des lois postérieures ont fait des changements, la loi du 22 frimaire an VII n'en est pas moins restée le code de l'enregistrement. Ce n'est pas ici le lieu de pénétrer dans les immenses détails que comporte cette loi, dont on a dit avec raison, qu'elle est la seule noble entre toutes les lois fiscales (2). L'entreprise a été tentée et menée à bien par MM. Championnière et Rigaud, dont le traité si remarquable par les aperçus nouveaux a montré à tous les juristes qu'il y a une science de droit fiscal, comme il y a une science de droit civil. Nous ne nous occuperons, pour notre part, de l'enregistrement que dans ses rapports avec les principes relatifs au contrat de mariage, et nous ne dirons des règles générales que celles qu'il importe de connaître pour l'intelligence des dispositions qui s'appliquent spécialement à ce contrat.

177. Dans l'économie de la loi du 22 frimaire an VII, qui, du reste, n'a fait en cela que suivre les règles de l'ancienne législation, les droits d'enregistrement sont fixes ou proportionnels. Les art. 3 et 4 de la loi consacrent cette division, qui a été ensuite mise en action par les art. 68 et 69 portant le tarif. La distinction, d'ailleurs, est fondée sur la nature des actes et les effets des conventions qu'ils constatent. On peut dire pour résumer les règles d'après lesquelles le législateur s'est déterminé dans l'établissement du droit, que tout acte qui n'oblige, ne libère, ni ne transmet, ne peut donner lieu au droit proportionnel; et, au contraire, que

(1) Dans le sens de la loi fiscale, on entend par contrats *innommés* ceux qui ne sont mentionnés dans aucun tarif; les contrats *nommés* sont ceux, au contraire, dont le droit est expressément déterminé par la loi fiscale. On voit par là que cette division se distingue absolument de celle qui était faite, en droit romain, entre les contrats nommés et les contrats innommés, tellement que plusieurs contrats sont nommés dans le sens de la loi fiscale, qui n'ont pas de nom particulier dans le droit civil. Cette observation a été justement faite par MM. Championnière et Rigaud dans leur savant *Traité des droits d'enregistrement*, t. I, n° 61.

(2) M. Troplong, *Rev. de législ.*, t. X, p. 147.

tout acte qui contient obligation, libération ou transmission de biens meubles ou immeubles, ne peut être enregistré au simple droit fixe.

178. Le droit fixe est généralement considéré comme la représentation du salaire de la formalité. D'après cela, on serait tenté de croire qu'un seul et même droit fixe doit atteindre tous les actes, quels qu'ils soient, qui par leur nature ne donnent ouverture qu'à un droit de cette espèce, puisque la formalité est la même pour tous. Il n'en est pas ainsi cependant. L'uniformité, sous ce rapport, eût simplifié de beaucoup la perception, et, dans cet intérêt, on proposa de l'établir, lors de la discussion de la loi; mais il fut reconnu que la proposition ne pouvait être admise sans qu'il en résultât une diminution sensible des revenus du trésor. Un tarif fut donc établi dont les quotités varièrent suivant l'importance attribuée aux actes non soumis au droit proportionnel. Ce tarif, qui est écrit dans l'art. 68 de la loi de frimaire, a été modifié depuis par des lois ultérieures et notamment par celle du 18 avril 1816, qui l'a généralement élevé: il comprend aujourd'hui des quotités qui varient depuis 50 c. jusqu'à 100 fr.

179. Quant aux droits proportionnels, ils ne sont pas seulement, comme les droits fixes, le salaire de la formalité; ils impliquent de plus une contribution assise sur les valeurs; c'est cette contribution qui, à vrai dire, constitue l'impôt de l'enregistrement. Ces droits sont établis dans le rapport d'une somme à 100 fr.: ainsi 20 c., 50 c., 1 fr., 2 fr., etc. pour 100 fr.; en sorte que le contribuable doit payer autant de fois 20 c., 50 c., 1 fr., 2 fr., etc., que l'objet imposé vaut de fois 100 francs. L'article 69 de la loi de frimaire a fixé ce tarif, auquel les lois ultérieures ont aussi fait quelques changements; le minimum, qui avait été d'abord établi, par cette loi, à 20 c. pour 100 fr., est resté le même; mais le maximum, qui s'arrêtait à 5 fr. pour 100 fr., s'élève aujourd'hui jusqu'à 20 fr. pour 100 fr. depuis la loi des finances du 25 juin 1841, dont l'art. 12 frappe les ordonnances qui pourvoient à la nomination de nouveaux titulaires sans présentation par suite de création nouvelle de charges ou offices, de destitution, ou par tout autre motif, d'un droit d'enregistrement de 20 fr. p. %. sur le montant du cautionnement attaché à la fonction ou à l'emploi.

180. Cette classe de droits, dont le principe est posé dans l'art. 4 de la loi de frimaire, embrasse les actes et les mutations. Ainsi se trouvent réunies deux sortes de contributions qui, dans l'ancienne législation, étaient essentiellement distinctes, savoir:

le droit de *contrôle*, qui avait pour objet les *actes*, et le droit de *centième denier*, qui avait pour objet les *mutations*. Mais quoique confondus, ces deux impôts sont soumis à des règles fort différentes, principalement en ce qui concerne soit l'exigibilité, soit le droit de poursuite, soit la quotité; et peut-être la loi fiscale ne présente-t-elle pas de difficulté plus sérieuse et plus grave que celle de suivre, dans l'application, les conséquences diverses de cette distinction, dont l'influence se fait sentir à chaque instant. Ce serait, on le comprend bien, sortir de notre sujet que d'insister sur les différences que présentent les deux sortes d'impôts que nous venons d'indiquer; nous nous bornerons à signaler la plus importante : c'est qu'à l'égard de la mutation, son existence seule donne ouverture au droit, indépendamment de l'acte qui la constate, tellement qu'une convention même verbale servirait de base à la perception (loi du 27 ventôse an IX, art. 4); tandis qu'à l'égard du droit d'acte, il n'y a de perception possible que tout autant que la convention est établie par un acte, et de plus, que cet acte est volontairement présenté à la formalité (1). — Du reste, la loi fiscale entend, par droit de mutation, celui qui est perçu sur la transmission entre vifs de biens immeubles en propriété, usufruit ou jouissance, et celui auquel donnent lieu les transmissions de toute espèce de biens qui s'opèrent par décès (2). Le droit d'acte s'applique donc, par conséquent, à tous actes quels qu'ils soient, présentés à la formalité, qui constatent autre chose que la transmission entre vifs de biens immeubles, ou la mutation par décès de toute espèce de biens. Les actes soumis à un simple droit fixe rentrent aussi dans cette dernière catégorie, puisqu'il n'est pas d'acte, sauf, comme nous l'avons dit, ceux qui sont formellement exemptés, qui puisse être enregistré sans acquitter un droit fixe ou proportionnel plus ou moins élevé suivant la nature de la stipulation qu'il renferme.

181. Ajoutons, pour compléter la série des notions générales qu'il nous importait de rappeler ici, qu'en principe, lorsque la loi fiscale tarife un contrat commutatif, elle embrasse nécessairement les obligations corrélatives dont la réunion constitue le contrat dans son ensemble, obligations que l'on ne pourrait considérer isolément sans détruire le contrat lui-même, puisqu'on ferait de chacune d'elles une obligation sans cause. La règle est établie par l'art. 10 de la loi de frimaire dont la disposition,

(1) Arrêt de cassation du 17 juin 1811, aff. Pierre-Jacques.
(2) V. arrêt de rejet du 13 janvier 1818, aff. Cerf.

quoique relative à la vente, a moins pour objet cependant d'établir une spécialité, que de poser un principe général applicable à tous les contrats commutatifs. « Dans le cas de transmission de biens, lit-on dans cet article, la quittance donnée, ou l'obligation consentie par le même acte, pour tout ou partie du prix entre les contractants, ne peut être sujette à un droit particulier d'enregistrement. »

182. Est-ce à dire, cependant, qu'un seul acte ne puisse jamais, quelles que soient les dispositions qu'il renferme, donner ouverture qu'à un seul et même droit? En aucune manière. La loi de frimaire an VII est encore très-précise sur ce point; l'article 11 dit, en effet: « lorsque, dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire ou extrajudiciaire, il y a plusieurs dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, un droit particulier..... » Ainsi, chaque convention indépendante, dans un acte, donne ouverture à un droit spécial, en telle sorte qu'un même acte pourrait être frappé de deux, trois ou un plus grand nombre de droits distincts, s'il constatait deux, trois ou un plus grand nombre de conventions indépendantes et de nature différente.

183. Mais il faut que ces conventions soient réellement indépendantes. Il est constant, en effet, que si, au contraire, diverses dispositions renfermées dans le même acte sont dépendantes et dérivent nécessairement les unes des autres, il ne peut être exigé qu'un seul droit, celui de la convention principale. La règle n'est expressément écrite nulle part, il est vrai; mais on la fait découler, par une très-juste réciprocité, des termes mêmes de l'article 11 qui vient d'être rapporté. Des applications très-nombreuses en ont été faites par la jurisprudence; nous n'avons pas à les suivre: mais nous indiquerons la base sur laquelle elles reposent. En général, les dispositions particulières d'un même acte dérivent nécessairement de la disposition principale et sont, à ce titre, affranchies d'un droit particulier, lorsqu'elles tiennent essentiellement à la nature et à la validité de cette dernière disposition, tellement qu'elles en soient une conséquence indispensable et qu'on ne puisse les en séparer sans détruire l'économie de l'acte et même sans en altérer la contexture.

184. Bien plus, cette règle, qui s'induit virtuellement des termes de l'art. 11 de la loi de frimaire pour le cas où les dispositions accessoires ou dépendantes se trouvent dans le même acte, le législateur l'a expressément formulée pour l'hypothèse

où les dispositions accessoires ou dépendantes sont constatées par des actes postérieurs à d'autres actes enregistrés. L'art. 68, § 1er, n° 6, soumet à un simple droit fixe de 1 fr. « les actes qui ne contiennent que l'exécution, le complément et la consommation d'actes antérieurs enregistrés. » Ainsi, quelque importante que soit la convention dont le nouvel acte n'est que la conséquence, cette convention, prise isolément, eût-elle rendu exigible le droit proportionnel le plus élevé, le droit fixe de 1 fr. est le seul qui puisse être perçu sur le nouvel acte; et si ce droit même est perçu, ce n'est pas à titre de droit proprement dit, mais uniquement comme salaire de la formalité à laquelle l'acte a été soumis. Ici encore, la jurisprudence présente les applications les plus nombreuses; il suffira de dire, pour résumer les données qu'elle fournit, qu'en général un acte est considéré comme exécution d'un acte précédent, dans le sens de la loi fiscale, lorsque l'opération qu'il constate n'est que la conséquence légale de ce dernier; et, au contraire, qu'il est un titre nouveau donnant ouverture à un droit particulier déterminé par la nature de la convention que l'acte constate, lorsqu'il engendre une obligation ou un droit qui n'existait pas avant lui.

185. Si l'on se demande maintenant, d'après ces notions générales, de quelle nature de droit doit être frappé l'acte qui a pour objet de constater les conventions matrimoniales, on sera porté à décider, *à priori*, qu'un tel acte donne nécessairement ouverture à un droit proportionnel. Sans anticiper sur les développements que nous aurons à donner dans le cours de ce traité, nous avons fait connaître les caractères distinctifs les plus saillants de chacun des régimes d'association conjugale établis par le Code civil (1); et l'on a vu que dans tous les régimes, sauf peut-être dans celui de la séparation de biens, il y a transmission plus ou moins complète, soit en propriété, soit en jouissance, de l'un des époux à l'autre. Or, nous venons de le voir, tout acte translatif donne essentiellement ouverture à un droit proportionnel. Les contrats de mariage semblent donc tomber, par leur nature même, sous l'application de ce principe général de la loi. Toutefois le législateur en a disposé autrement: par une faveur toute spéciale, les contrats de mariage ne donnent ouverture, du moins dans la disposition relative aux apports respectifs des époux, qu'à un simple droit fixe.

Nous allons bientôt en faire connaître l'importance.

(1) V. *suprà*, n° 78.

186. Disons avant tout que c'est là une innovation due à la loi de l'an VII. La législation du contrôle présentait, sur ce point, des dispositions différentes. En effet, les contrats de mariage étaient assujettis à un droit proportionnel élevé qui variait suivant les hypothèses. Ceux dans lesquels les sommes et valeurs des biens et effets provenant du côté de l'un et de l'autre époux se trouvaient évalués, étaient tarifés sur le pied des acquisitions de meubles ou immeubles, suivant la valeur des effets appartenant aux futurs, en y joignant les meubles ou autres effets constitués ou donnés. Lorsque le contrat de mariage ne contenait évaluation que pour l'apport d'un seul des futurs, cet apport était doublé pour déterminer la perception. Enfin, s'il n'y avait évaluation de part ni d'autre, ou si les époux se prenaient réciproquement avec leurs droits, c'était alors la qualité des personnes qui déterminait l'impôt à percevoir depuis 1 liv. 10 sols, jusqu'à 50 liv. Telles étaient les dispositions des art. 33, 34 et 35 du tarif des droits à payer en exécution de l'édit du mois de mars 1693.

187. La loi des 5-19 décembre 1790 qui abolit les droits de contrôle, d'insinuation et de centième denier, et qui constitua le droit d'enregistrement tel qu'il existe encore aujourd'hui, se montra moins rigoureuse sans doute. Mais, toute empreinte qu'elle était des idées dominantes de l'époque, cette loi qui se montra favorable outre mesure aux contribuables, n'en conserva pas moins, relativement aux contrats de mariage, les anciennes bases de la perception. Il résulte du tarif annexé à cette loi, que le droit exigible sur l'apport des époux et sur les biens qui leur étaient donnés en ligne directe, était de 10 sols pour 100 liv., lorsque le contrat contenait évaluation ; et que lorsque les biens n'étaient ni désignés, ni évalués, on percevait le quinzième du revenu du futur. (Tarif, 1re classe, 2e section, n° 1, et 2e classe, nos 5 et 6). Ainsi, les droits se trouvaient réduits comparativement à ceux que la législation du contrôle avait établis ; mais ils ne laissaient pas que d'être encore fort onéreux. En outre, l'alternative dans laquelle la loi de 1790 avait placé la perception n'était pas sans inconvénient. Les parties étaient manifestement intéressées à s'abstenir de toute désignation ou évaluation de biens, puisque le droit auquel le contrat de mariage donnait ouverture dans le cas où ce contrat ne contenait pas d'évaluation, devait être inférieur de beaucoup à celui qui devenait exigible dans l'hypothèse inverse. Supposons, en effet, que les apports des époux fussent de 20,000 fr. chacun ; la perception se faisant sur 40,000 fr., en

cas d'évaluation, et sur le pied de 10 sols pour 100 liv., le droit se serait élevé jusqu'à la somme de 200 liv. ; tandis que la perception ne devant être que du quinzième des revenus du futur, lorsque les biens n'étaient ni désignés, ni évalués, il aurait été dû seulement, dans l'hypothèse qui vient d'être indiquée, la somme de 66 liv. 13 sols, formant le quinzième de 1,000 liv., c'est-à-dire des revenus des 20,000 liv. apportées par le futur. Il y avait, comme on le voit, un tel avantage pour les époux à se placer dans ce dernier cas, que rarement les contrats de mariage durent contenir une désignation de biens ou une évaluation qui, cependant, auraient eu bien souvent une importance réelle.

188. Cet effet dangereux de la loi fiscale ne saurait plus se produire aujourd'hui; le législateur de l'an VII a rejeté le principe du contrôle, du centième denier et même de la loi de 1790. Il a posé des règles différentes, qui se rattachent, d'ailleurs, à cet ensemble de mesures par lesquelles la législation de l'époque voulut combattre et détruire les désordres nés de la révolution. Lorsque le calme des esprits laissa toute leur force aux attaques que la raison livrait aux abus, le grand effort de la loi eut pour objet, on le sait, la reconstitution de la famille, à laquelle les commotions politiques avaient porté de si funestes atteintes. La loi de frimaire an VII pouvait aussi, dans la mesure de son action, comme bien d'autres lois non moins spéciales, tendre vers ce but désiré; et c'était y tendre manifestement que de faciliter les mariages, en rendant moins coûteux, et par cela même plus communs, les actes constitutifs des droits des époux. De là vient que, nonobstant le caractère translatif de ces actes, la loi de l'an VII remplaça par un simple droit fixe le droit proportionnel auquel ils donnaient lieu d'après l'ancienne législation et d'après la loi de 1790. L'art. 68, § 3, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, assujettit à un droit fixe de 3 fr. « les contrats de mariage qui ne contiennent d'autres dispositions que des déclarations, de la part des futurs, de ce qu'ils apportent eux-mêmes en mariage et se constituent, sans aucune stipulation avantageuse entre eux. — La reconnaissance y énoncée de la part du futur d'avoir reçu la dot apportée par sa future, ne donne pas lieu à un droit particulier. — Si les futurs sont dotés par leurs ascendants, ou s'il leur est fait des donations par des collatéraux ou autres personnes non-parentes, par leur contrat de mariage, les droits, dans ce cas, sont perçus suivant la nature des biens, ainsi qu'ils sont réglés dans les § 4, 5 et 8 de l'article suivant. »

189. Depuis la loi de l'an VII, et notamment en 1816, lorsque

les besoins nés de l'occupation étrangère firent sentir la nécessité d'accroître les ressources du trésor, on proposa de revenir aux anciens principes et d'établir, sur les déclarations d'apports et les conventions matrimoniales, un droit proportionnel de 50 c. pour 100 fr. Mais cette proposition fut rejetée; et on l'a dit avec raison : « Il n'est pas présumable qu'elle soit désormais reproduite; les considérations qui rendent les contrats de mariage favorables sont de tous les temps, et les besoins du trésor doivent céder au besoin, non moins urgent pour la société, de la paix et du repos des familles. Il importe à l'ordre social que la fortune des époux, leurs droits, ceux des enfants à naître, soient connus et réglés; qu'un pacte écrit le constate, et que rien ne détourne les contractants d'en faire une déclaration sincère. L'existence d'un droit qu'il serait possible d'éviter, suffirait pour introduire la fraude et la réticence dans un acte où rien ne doit être caché ni suspect, si l'on veut que son but soit atteint (1). » Il faut dire, cependant, que tout en maintenant telle qu'elle était la nature du droit à percevoir sur les contrats de mariage, la loi du 28 avril 1816 a élevé la quotité de ce droit : il est aujourd'hui de 5 fr. au lieu de 3 (l. 28 avril 1816, art. 45, 2°).

190. C'est là, du reste, en ce qui concerne les contrats de mariage, la seule modification qui ait été faite par la loi de 1816 à celle de l'an VII. A cela près, le texte ci-dessus relaté de cette dernière loi subsiste dans toute son économie. Ainsi, l'on doit distinguer, dans les contrats de mariage, relativement aux droits d'enregistrement, deux sortes de dispositions : les unes, qui ont pour objet les apports des époux; les autres, qui sont relatives soit aux avantages que les époux se font entre eux, soit aux donations qu'ils reçoivent des tiers. Nous parlerons successivement de ces diverses dispositions; nous traiterons ensuite, dans deux paragraphes distincts, des changements et résiliements et des règles de perception communes à tous les contrats de mariage.

Il importe, d'ailleurs, de remarquer que nous ne nous occupons ici, sous le rapport de l'enregistrement, que du contrat de mariage considéré en général. Quant aux règles spéciales qui s'appliquent soit aux divers régimes, soit à diverses circonstances particulières de ces régimes, telles que les remplois, les partages, les rétablissements de communauté, les clauses par lesquelles la communauté légale peut être modifiée, nous en ren-

(1) V. MM. Championnière et Rigaud, t. IV, n° 2833.

voyons l'exposé aux diverses parties de cet ouvrage où il sera traité de ces matières au point de vue du droit civil.

§ 2. — Des conventions relatives aux apports faits par les époux eux-mêmes.

191. C'est particulièrement à ces sortes de conventions, ou du moins aux contrats de mariage qui ne constatent que des conventions de cette nature, que s'applique la disposition ci-dessus transcrite de la loi de frimaire, art. 68, § 3, n° 1. Aux termes de cette disposition, dont la loi de 1816, ainsi qu'on l'a vu, a élevé le tarif, ce sont, en effet, les contrats de mariage qui ne contiennent que des déclarations, de la part des futurs, de ce qu'ils apportent eux-mêmes en mariage, et se constituent sans aucune stipulation avantageuse entre eux, qui sont assujettis à un droit fixe de 5 fr.

192. C'est donc à tort que l'on avait d'abord prétendu soumettre la stipulation de communauté faite dans un contrat de mariage à un droit fixe, indépendamment de celui du contrat, par application du n° 4, § 3, art. 68, de la loi de frimaire, lequel établit un droit fixe sur les actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles et immeubles. L'administration a reconnu elle-même que l'art. 1391 du Code civil, laissant aux époux la faculté de se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, la stipulation de communauté dans les contrats de mariage est de l'essence même de ces contrats, et ne donne point ouverture à un droit d'enregistrement particulier.

193. La loi civile exige impérieusement que le contrat de mariage soit passé devant notaire (1). Tout contrat de mariage rédigé sous signature privée serait donc radicalement nul au point de vue du droit civil. Toutefois, si un tel acte était présenté à la formalité, il ne serait passible que des droits dus sur les contrats de mariage ; et, contînt-il des donations, il ne rendrait exigible que le droit tel qu'il a été établi pour les donations en faveur de mariage (v. le § suiv.) (2). L'administration s'est elle-même prononcée en ce sens, par la raison décisive que les droits sont établis sur les conventions, et non sur la forme de ces conventions, et que le plus ou moins de validité des contrats ne saurait

(1) V. *suprà*, n°s 127 et suiv.

(2) V. cependant MM. Championnière et Rigaud, t. IV, n° 2995. D'après ces auteurs, un tel contrat ne donnerait ouverture qu'à un droit fixe de 1 franc comme acte innommé.

influer sur la perception. Mais il faudrait que l'acte fût présenté à la formalité avant la célébration du mariage ; s'il n'était présenté qu'après, il ne saurait jouir du bénéfice de la réduction des droits établie en faveur du mariage (v. le § suiv.). Il n'y aurait d'exception, en supposant que la circonstance puisse se présenter encore, que pour les contrats de mariage passés en Normandie, sous l'empire de la coutume qui autorisait la forme de l'acte sous seing privé. La réduction du droit serait acquise, encore que l'acte signé des époux et des parents fût soumis à la formalité depuis l'abrogation de la coutume, attendu qu'il aurait acquis date certaine (1).

194. Quant aux simples promesses de mariage, fussent-elles souscrites devant notaire et constatées par acte notarié, elles ne constituent pas le contrat de mariage. Une délibération émanée de l'administration, le 7 août 1822, a reconnu qu'un tel acte rendrait exigible seulement le droit fixe de 1 fr., et non celui de 5 fr. auquel sont soumis les contrats de mariage.

195. Du reste, le droit de 5 fr., établi sur les contrats de mariage, embrasse aussi la déclaration de la part des futurs de ce *qu'ils apportent eux-mêmes* en mariage ; la loi le dit expressément, et cela se comprend à merveille. Les déclarations de l'espèce sont inhérentes aux contrats de mariage, qui ont précisément pour objet de constater les droits et la fortune des époux ; elles ne pouvaient donc être considérées que comme une disposition dépendante et dérivant nécessairement de l'acte principal ; et le droit établi sur cet acte devait comprendre les déclarations d'apport, par une application toute naturelle des principes généraux que nous avons exposés, et d'après lesquels un même acte ne donne ouverture qu'à un seul droit, encore qu'il contienne plusieurs dispositions, si ces dispositions sont liées entre elles et dérivent les unes des autres.

196. Toutefois, si la loi fiscale n'a fait que suivre, sous ce rapport, une marche indiquée par les principes généraux, sous un autre rapport, nous en avons déjà fait la remarque, elle a dérogé à ces mêmes principes, en n'établissant, sur les déclarations dont il s'agit, qu'un simple droit fixe, puisque ces déclarations sont ordinairement translatives.

197. L'affranchissement s'étend, et même d'une manière plus énergique, aux déclarations d'apports que font les époux mariés sans contrat. Ces actes ne constituent ni mutation, ni obligation,

(1) Arrêt de rejet du 20 janvier 1807, aff. Gravelle.

ni libération ; ils établissent la situation des époux et constatent leur fortune, soit commune, soit personnelle. Ils ne sont donc, en réalité, qu'une sorte d'inventaire, et ne sauraient, par conséquent, rendre exigible aucun droit proportionnel. On ne pourrait même pas leur appliquer le droit fixe de 5 fr. établi par la disposition dont nous nous occupons en ce moment ; car ce droit n'a pour objet que les déclarations d'apport contenues dans un contrat de mariage, ou plutôt, on l'a vu, c'est le contrat de mariage lui-même qui rend le droit fixe de 5 fr. exigible, la déclaration d'apport n'étant considérée que comme une disposition dépendante et dérivant nécessairement de l'acte principal. Or, cet acte principal manque dans l'espèce, en sorte qu'il n'y aurait même pas de base sur laquelle on pût asseoir la perception de ce droit. Cependant, quoique non prévue par la loi, la déclaration dont il s'agit ne devrait pas échapper à l'impôt ; elle rentrerait dans la catégorie des actes dont nous avons parlé, qui, sous la qualification d'actes innommés, rendent exigible un droit fixe de 1 fr., aux termes de l'art. 68, § 1, n° 51, de la loi de frimaire an VII.

198. Par une application des principes qui ont fait soumettre les déclarations d'apport à un simple droit fixe qui se confond dans le droit établi sur les contrats de mariage, on doit reconnaître que l'estimation de la dot mobilière faite dans les termes de l'art. 1551 du Code civil ne donne pas lieu non plus à un droit particulier indépendant de celui du contrat de mariage. L'estimation sans déclaration qu'elle ne fait pas vente, a pour effet, aux termes de l'art. 1551, de rendre le mari propriétaire, sauf l'obligation de restituer le prix donné au mobilier ; et, sans tenir compte de cette dernière précision, on avait cru pouvoir conclure de la qualité de propriétaire donnée au mari, que l'estimation rendait exigible un droit proportionnel de 2 % comme vente mobilière. L'instruction générale du 11 juillet 1810, en rejetant cette prétention, a établi les véritables principes : « La mise à prix du mobilier, dit l'instruction, n'a d'autre but que de faire connaître la valeur de la dot, d'en assurer la restitution, et de fixer les droits des époux ; on ne peut voir dans cette estimation une vente proprement dite, attendu que ce n'est pas véritablement une acquisition que, dans l'espèce, le futur se propose de faire. La loi, pour l'intérêt de la femme et celui de la société conjugale, répute le mari propriétaire ; mais il n'en résulte pas que celui-ci doive être assimilé à un acquéreur dans les cas ordinaires. — D'ailleurs, les stipulations dont il s'agit étant contenues dans l'acte

qui détermine les conventions matrimoniales, c'est d'après les règles de la loi de frimaire, spécialement relatives aux contrats de mariage, que l'on doit résoudre la question proposée. — L'art. 68, § 3, n° 1, statue que la reconnaissance énoncée au contrat de la part du futur, d'avoir reçu la dot apportée par la future, ne donne pas lieu à un droit particulier. — Cette disposition n'excepte pas le cas où le mari, par suite de la reconnaissance qu'il souscrit, deviendrait propriétaire d'objets mobiliers faisant partie de la dot, l'exemption que la loi prononce peut, sous le régime dotal, comme sous celui de la communauté, recevoir son application. — D'après ces motifs, et à raison sans doute de la faveur qu'il a été dans l'intention du législateur d'accorder aux contrats de mariage, leurs excellences le ministre des finances et le grand-juge ministre de la justice ont décidé, les 12 et 22 mai 1810, que, dans le cas prévu par l'art. 1551 du Code civil, il n'y a pas lieu de percevoir le droit proportionnel de vente sur la valeur du mobilier dotal dont le mari devient propriétaire et dont il doit acquitter le prix. » — L'administration ne s'est pas écartée de ces principes dans les circonstances ultérieures où elle a eu à se prononcer sur la question.

199. La faveur du mariage avait même fait étendre la solution, du moins dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence, à l'estimation de la dot immobilière. On sait qu'en présence de la loi *Quoties, C. de jure dotium*, d'après laquelle l'estimation de la dot en valait vente au mari, une grave controverse s'était élevée entre les jurisconsultes des quinzième et seizième siècles sur le point de savoir en quel sens devait être accueilli, dans la jurisprudence française, le principe que cette loi supposait. Selon Tiraqueau, il en fallait tirer cette conclusion générale : « *Æstimatio regulariter et in dubio facit venditionem.* » D'après Dumoulin, au contraire, il fallait dire : « *Æstimatio in dubio non facit emptionem.* » Enfin, d'Argentrée proposait une doctrine intermédiaire : « Ou l'estimation de la chose, disait-il, a été faite dans la vue d'autoriser la personne qui reçoit à payer la valeur déterminée, ou elle a lieu seulement *demonstrationis aut taxationis causâ*. Dans le premier cas, l'estimation vaut vente; mais elle n'a pas cet effet dans le second. » Les feudistes prirent part à ce grave débat; ils se prononcèrent d'abord pour la doctrine de Tiraqueau, et, par suite, ils décidèrent que l'estimation rendait exigible le droit des lods et vente, soit dès le jour du contrat de mariage si le mari était tenu, sans opter, de rendre la valeur fixée dans l'estimation; soit du jour de la restitution, si le mari ayant l'option entre

la valeur et le bien, venait à rendre la valeur. Toutefois, cette doctrine ne se maintint pas ; les feudistes l'abandonnèrent pour se ranger à l'opinion de Dumoulin ; ils décidèrent, par suite, que le droit des lods et ventes n'était pas dû : « La courtoisie française, dit Chopin, a aboli cette dureté, parce que l'intention des parties n'a été de vendre, mais de contracter mariage. »

200. Aujourd'hui, la question de savoir si l'estimation de la dot immobilière en fait vente au mari ne peut plus être discutée. Cette question est expressément résolue par l'art. 1552 du Code civil, aux termes duquel « l'estimation donnée à l'immeuble constitué en dot n'en transporte point la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration expresse. » Mais la question de savoir si l'estimation rend exigible le droit proportionnel de vente immobilière indépendamment du droit fixe à percevoir sur le contrat de mariage, subsiste, sinon pour le cas où l'estimation est faite sans déclaration qu'elle vaudra vente, du moins pour celui où le contrat porte, au contraire, déclaration expresse que l'estimation vaut vente. Au premier cas, en effet, il ne paraît pas douteux que le droit proportionnel n'est pas exigible, puisque les droits que le mari acquiert sur les biens dotaux et sur les biens paraphernaux ne sont que la conséquence du régime dotal, que ces droits dérivent, dès lors, du contrat de mariage même, et sont, par cela seul, affranchis d'une perception particulière, à raison de la perception qui est faite sur l'acte principal. Mais il n'en est plus ainsi lorsqu'on se place dans la deuxième hypothèse, celle d'un contrat portant déclaration expresse que l'estimation vaudra vente. Dans ce cas, en effet, la transmission des biens au mari, par le fait de l'estimation et de la déclaration, comporte la qualification de vente, ce qui suffit pour appliquer le tarif de cette convention. Telle est l'opinion de MM. Championnière et Rigaud (1), et elle a été virtuellement consacrée par un arrêt de cassation du 1er mars 1809. Sans doute on pourrait opposer cette considération émise par Chopin : « Que l'intention des parties n'a été de vendre, mais de contracter mariage ; » considération sur laquelle s'est principalement fondée l'instruction du 11 juillet 1810 pour décider que le droit de vente mobilière n'est pas dû sur l'estimation de la dot consistant en objets mobiliers. Mais en présence d'une vente qui, dans le cas particulier, et d'après le texte de l'art. 1552, est expressément convenue, lorsqu'il s'agit d'immeubles, et en l'absence d'une disposition légale, il nous paraît,

(1) T. IV, n° 2920.

comme aux auteurs précités, que cette considération n'est pas suffisante pour déterminer l'affranchissement du droit proportionnel.

201. Il en faudrait dire autant de la clause portant qu'une somme apportée par la future sera immobilisée et représentée par une maison appartenant au futur, qui tiendra nature de propre à la future. Acceptée par la future, cette clause constitue réellement une vente à son profit, et rend exigible le droit proportionnel de vente, indépendamment du droit fixe à percevoir sur le contrat de mariage. C'est ce qui résulte d'une délibération de la régie mentionnée au Dict. de l'enregistrement, v° contrat de mariage, n° 104.

202. Mais ce ne serait pas une clause indépendante du contrat ou étrangère à sa nature que celle qui aurait pour objet d'autoriser le mari à vendre les immeubles appartenant à la future, sans avoir besoin de s'y faire autoriser par elle ou en justice, à la charge de remploi. La clause, au contraire, est de l'essence du contrat de mariage ; elle constitue l'une des conditions de la société conjugale et un mode d'administration des biens des époux : elle ne saurait donc rendre exigible un droit particulier.

203. La solution s'applique même au cas où il s'agit de biens dotaux. Cela, toutefois, a d'abord paru faire difficulté. On avait pensé que l'autorisation d'aliéner les biens dotaux est indépendante des conventions du mariage, par cela même qu'aux termes de l'art. 1557 du Code civil elle ne peut être donnée que dans le contrat. Mais la régie a compris plus tard que cette considération, sur laquelle on fondait l'exigibilité d'un droit particulier sur l'autorisation, est précisément celle qui doit faire affranchir l'autorisation de tout droit. En effet, si l'autorisation d'aliéner ne peut être donnée que par le contrat, c'est donc qu'elle est une dépendance nécessaire de ce contrat ; et si elle en dépend nécessairement, comment pourrait-elle donner ouverture à un droit particulier?... (1)

204. En principe, les déclarations d'apport comprennent la nature et l'origine des biens apportés : il n'y a donc pas lieu de percevoir un droit particulier sur la mention qui, dans le contrat de mariage, a pour objet d'indiquer l'origine de l'apport. Mais il faut que la mention n'ait pas d'autre objet ; il en serait autrement si, par exemple, elle pouvait être un titre ou le principe d'une

(1) Délib. du 17 novembre 1826, et inst. gén. du 20 mars 1827, § 4.

obligation. La jurisprudence a fait aux déclarations faites par les futurs que les biens apportés leur proviennent de dons manuels l'application du principe et des exceptions dont il est susceptible. On sait qu'en thèse générale les dons manuels sont affranchis de l'enregistrement, par le motif que les dons de cette nature peuvent être réalisés sans écrit, et que les droits d'enregistrement ne se perçoivent que sur les actes, sauf le cas de mutations d'immeubles restées secrètes. De là on a tiré la conséquence que si l'un des futurs énonce simplement, dans le contrat de mariage, que son apport lui provient d'un don manuel qu'il a reçu d'une personne non présente au contrat, cette énonciation ne donne ouverture à aucun droit particulier. Dans le cas même où le donateur est présent, on admet encore que la déclaration ne donne pas ouverture à un droit particulier, si le donateur ne comparaît que comme témoin honoraire, ou pour donner son consentement au donataire toutes les fois que ce consentement est requis par la loi (1). En effet, l'intervention du donateur étant tout à fait étrangère à l'énonciation du don manuel, ne doit pas changer, au point de vue fiscal, le caractère de cette énonciation. Mais si la présence du donateur donne à la déclaration relative au don manuel l'effet d'une stipulation, soit en ce que cette déclaration se rattache à l'exécution d'une autre clause convenue entre le donateur et le donataire (2), soit en ce que le donateur a figuré au nombre des parties stipulantes dans l'acte, alors qu'il n'avait intérêt qu'à raison du don manuel qui était mentionné (3), il y a lieu de percevoir un droit particulier sur la déclaration d'origine ; et ce droit est celui de la donation mobilière dont nous parlerons au paragraphe suivant. — Telles sont les distinctions qui résultent de la jurisprudence sur ce point.

Nous n'insisterons pas davantage sur les applications que comporte la première disposition de l'art. 68, § 3, n° 1, de la loi de frimaire. Celles que nous avons indiquées font suffisamment sentir la portée de cette disposition, sur laquelle nous aurons à revenir, d'ailleurs, dans d'autres parties de ce traité. Il convient d'aborder maintenant la seconde disposition, qui, bien que liée à la précédente, tient aussi cependant à d'autres principes.

205. C'est, on l'a vu, comme une dépendance nécessaire du

(1) Trib. de Péronne, 11 mars 1842, aff. Delor ; *rej.*, 19 décembre 1837, aff. Erhardt.

(2) *Cass.*, 16 mars 1830, aff. Laporte.

(3) *Rej.*, 26 mai 1841, aff. Robert.

contrat de mariage que la déclaration des apports faits par les époux eux-mêmes ne rend pas exigible un autre droit que celui de 5 fr. établi sur les contrats de mariage. L'affranchissement du droit ne s'arrête pas là ; l'art. 68, § 3, n° 1, dit encore : « La reconnaissance énoncée dans le contrat de mariage, de la part du futur, d'avoir reçu la dot apportée par la future, ne donne pas ouverture à un droit particulier. » Ici, l'affranchissement du droit ne tient pas seulement à ce que la reconnaissance du mari est, dans ce cas, une clause qui dérive du contrat de mariage, mais encore à cet autre principe fondamental, en matière fiscale, que dans tout contrat synallagmatique le droit qui est établi sur le contrat embrasse les diverses obligations dont ce contrat se compose. Ainsi, c'est parce que le tarif des ventes embrasse à la fois l'obligation du vendeur et celle de l'acheteur, que l'acte constatant une aliénation ne donne ouverture qu'à un droit de vente, et non pas à un droit de vente plus à un droit de quittance ou d'obligation (l. 22 frim. an VII, art. 10). C'est aussi parce qu'il y a corrélation nécessaire entre la déclaration d'apport de la part de la femme, et la reconnaissance de la part du mari d'avoir reçu la dot, que l'acte qui constate l'un et l'autre fait ne devait rendre exigible qu'un seul droit, celui de la déclaration d'apport ou du contrat de mariage, et non pas ce droit, plus celui de 1 %, auquel l'art. 69, § 3, n° 3, de la loi de frimaire assujettit les reconnaissances.

Cela posé, examinons quelle est l'étendue de la disposition, et déterminons les cas dans lesquels elle est susceptible de recevoir son application.

206. Et, d'abord, la loi parle d'une manière générale de la reconnaissance d'avoir reçu la dot. Elle s'applique donc à tous les contrats de mariage dans lesquels il y a déclaration ou constitution de dot, et par conséquent non-seulement à ceux dans lesquels le régime dotal a été stipulé, mais encore à ceux qui établissent la communauté légale ou modifiée, régime dans lequel la dot prend plus régulièrement, comme nous en avons déjà fait la remarque, la dénomination d'apport.

207. En outre, comme la dot, d'après l'art. 1540 du Code civil, est, dans tous les régimes, le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, on doit aussi conclure de la généralité des termes de la loi fiscale, que l'affranchissement du droit dont jouit la reconnaissance d'avoir reçu la dot s'étend non-seulement à la reconnaissance qui constaterait la réception d'une somme d'argent, mais encore à celle

qui s'appliquerait à toute espèce de biens apportés par la femme et dont l'administration appartiendrait au mari. Il en serait ainsi particulièrement des reconnaissances d'avoir reçu des créances, des titres, des effets mobiliers, de tous autres objets, enfin, tombant dans la communauté.

208. Il résulte d'une solution de la régie, en date du 5 août 1807, que l'affranchissement s'applique même au cas où le contrat de mariage contiendrait exclusion de communauté, et obligation de la part du futur de payer à la future l'intérêt de la dot qu'il reconnaîtrait avoir reçue. En effet, est-il dit dans la solution, que le contrat porte établissement ou exclusion de communauté, la reconnaissance est de droit dans l'un comme dans l'autre cas. La stipulation que la dot produira des fruits civils ne change rien à l'obligation contractée par le futur; et, la loi n'ayant fait aucune distinction, il en résulte que, dans l'espèce, l'on ne serait pas plus fondé à percevoir un droit particulier qu'on ne pourrait l'être dans le cas où aucune stipulation d'intérêt n'aurait eu lieu.

209. Cependant, quelque générale qu'elle soit, la seconde disposition de l'art. 68, § 3, n° 1, n'a pas toute l'étendue que comporte la première disposition du même article. Il est certain, par exemple, que les déclarations d'apport sont affranchies d'un droit particulier, soit qu'elles émanent du mari, soit qu'elles émanent de la femme. La disposition relative à la reconnaissance se restreint dans de plus étroites limites; la loi ne s'exprime pas, en effet, en parlant de la reconnaissance, comme elle s'est exprimée en parlant des déclarations; elle dit : « La reconnaissance... de la part du futur... » Il suit de là que si, au contraire, la future reconnaissait avoir reçu l'apport fait par le futur, la clause ne devrait pas profiter de l'affranchissement du droit. Et, en effet, dans une espèce où un contrat de mariage exclusif de toute communauté renfermait une clause par laquelle la femme reconnaissait avoir reçu de son mari une somme dont elle s'obligeait à payer les intérêts, et pour sûreté de laquelle elle hypothéquait ses biens propres, la cour de cassation a jugé que la clause présentait tous les caractères d'un prêt de consommation, et qu'essentiellement différente de la reconnaissance qui aurait été faite par le mari d'avoir reçu l'apport de sa femme, elle donnait ouverture au droit proportionnel de 1 % (1). Cette solution ne peut qu'être approuvée : si la loi

(1) *Cass.* 16 nov. 1813, aff. Dayreux; conf., *Cir. cass.*, 7 fév. 1838, aff. Lerat.

exempte d'un droit particulier la reconnaissance donnée par le futur des apports de la future, c'est parce que le mari étant le chef et l'administrateur des biens de la famille, il y a, comme nous l'avons dit, une corrélation intime entre la déclaration des apports et la reconnaissance qui constate que ces apports ont passé dans ses mains. Cette corrélation n'existe plus, lorsque c'est la future qui reçoit les apports du futur. La femme devient, dans ce cas, personnellement obligée, et cette obligation, loin d'être essentielle au contrat de mariage, est tout à fait en dehors des clauses ordinaires de ce contrat.

210. Par la même raison, l'affranchissement du droit ne s'étend pas non plus au cas où la dot est reçue par un autre que par le futur; par exemple, par le père ou par un parent qui s'oblige à la restituer. Une telle convention n'est pas plus que la précédente inhérente au contrat de mariage; et c'est avec raison que, comme celle-ci, elle a été frappée du droit de 1 %. Cette disposition, a très-bien dit la régie, produit le même effet que si le futur eût directement reçu la somme et l'eût ensuite déposée entre les mains de son père ou de son parent à titre de prêt : il y a obligation sujette au droit de 1 % (1). Il en serait tout autrement, on le comprend, si la dot, au lieu d'être remise à un tiers à titre de prêt, lui était donnée à titre de mandat, par exemple, comme mise de fonds dans une société. Le droit d'obligation ne serait pas alors exigible; tout au plus pourrait-on exiger ce droit pour la société indépendamment de celui du contrat de mariage, si ce contrat contenait la stipulation d'une société entre les futurs et le tiers qui aurait reçu la dot.

211. Nous considérons donc comme non fondée la solution de la régie qui a déclaré exigible le droit de 1 % sur la clause d'un contrat de mariage, aux termes de laquelle « la dot de la future devait être payée dans les mains du père du futur, qui demeurait chargé de l'employer de la manière qu'il trouverait la plus utile aux intérêts des futurs époux (2). » Évidemment le père n'était pas personnellement obligé, dans l'espèce; la remise de la dot qui lui était faite ne faisait pas naître pour lui l'obligation du remboursement; il était chargé seulement d'opérer un placement : c'était un simple mandat.

212. Mais si la dot était reçue par le futur et par le père conjointement, avec obligation de la restituer, quel serait le

(1) Solut. adm. du 13 vendémiaire an IX.

(2) Solut. du 21 septembre 1832.

droit à percevoir? Il n'y a pas de difficulté pour le cas où le père et le fils se sont obligés à la restitution chacun pour leur part. Le droit de 1 % devrait être perçu sur la portion que le père aurait reçue. La difficulté se produit seulement dans le cas où le père et le fils se sont obligés solidairement à la restitution. Alors, il y a plusieurs obligés, sans doute; mais il n'existe qu'une seule obligation; et, dans les principes de la loi fiscale, un seul droit est exigible, tellement que le payement de ce droit par l'un des obligés procurerait aux autres leur libération. Or, l'exemption du droit équivalant au payement, on en devrait conclure que l'exemption qui résulte pour le fils de l'art. 68, § 3, n° 1, de la loi de l'an VII, profite au père; en sorte que, dans l'espèce, la reconnaissance d'avoir reçu la dot ne rendrait exigible aucun droit particulier, tout comme si cette reconnaissance était émanée du futur qui seul aurait reçu la dot (1). Les auteurs du Dictionnaire de l'enregistrement prennent cependant la thèse absolument contraire, et soutiennent que, dans ce cas, le droit de 1 % serait dû sur la totalité (2).

213. Les déclarations d'apport, avons-nous dit *suprà*, n° 197, lorsqu'elles sont faites par des époux mariés sans contrat, ne sont pas passibles même du droit fixe de 5 fr. établi sur les contrats de mariage. La déclaration n'est, en effet, le principe d'aucune obligation pour les époux. Par cela même on comprend que si la reconnaissance que ferait le mari, dans ce cas, d'avoir reçu les apports déclarés par sa femme ne doit pas profiter de l'affranchissement établi par l'art. 68, § 3, n° 1, lequel a en vue la situation toute différente des époux qui font constater, par un acte, leurs conventions matrimoniales; cette reconnaissance du moins ne doit pas être assimilée à celles que l'art. 69, § 3, n° 3, tarife au droit proportionnel de 1 %. Elle n'a d'autre autorité que celle d'une déclaration pure et simple, et ne doit rendre, par conséquent, exigible que le droit fixe de 1 fr. établi sur les déclarations pures et simples en matière civile, par l'art. 68, § 1, n° 23, de la loi de frimaire.

214. La perception est faite, dans ce cas, sur une reconnaissance émanée du mari pendant le mariage ou après sa dissolution. Cela nous conduit naturellement à examiner si l'affranchissement du droit dont jouit la reconnaissance, lorsqu'il y a contrat de mariage, s'applique aussi aux reconnaissances qui ne

(1) V. MM. Championnière et Rigaud, t. II, n° 1075.
(2) V. *Contrat de mariage*, n° 142.

seraient pas faites dans le contrat de mariage lui-même. A ne consulter que le texte de la loi, on devrait se prononcer pour la négative ; la loi ne parle, en effet, que des reconnaissances *qui ont lieu dans les contrats de mariage*. Cependant, la solution contraire résulte invinciblement des principes généraux en matière d'enregistrement, et elle est consacrée par une jurisprudence qui semble désormais fixée et à laquelle la régie a vainement tenté de résister (1). Cette solution tient particulièrement à cette circonstance qu'à quelque époque que la reconnaissance d'avoir reçu la dot ait été faite par le mari, cette reconnaissance ne peut être considérée que comme le complément et l'exécution du mandat que le mari a reçu, soit du contrat de mariage, soit des dispositions du Code civil qui en tiennent lieu, et cette solution n'est rien autre chose que l'application du principe posé dans l'art. 68, § 1, n° 6, qui assujettit à un simple droit fixe de 1 fr. « les actes qui ne contiennent que l'exécution, le complément et la consommation d'actes antérieurs enregistrés. » Ce principe subsiste dans sa généralité, et doit être appliqué aux reconnaissances dont il s'agit ici, nonobstant les termes en apparence *restrictifs de l'art. 68, § 3*, n° 1, dans lequel il faut voir dès lors non pas une disposition limitative, mais un texte purement énonciatif du cas le plus ordinaire.

215. La solution s'applique incontestablement au cas où il s'agit de biens dotaux. La régie le reconnaît elle-même ; elle a décidé, en effet, « que, d'après l'art. 1549 du Code civil, le mari seul a l'administration des biens dotaux ; que seul il a le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux ; que dès lors la reconnaissance qu'il fournit à sa femme, pour raison de ces capitaux touchés par lui, ne saurait constituer une obligation proprement dite, et ne forme qu'une déclaration pure et simple passible seulement du droit fixe (2). »

216. En est-il de même dans le cas où il s'agit de biens paraphernaux? La régie s'est prononcée pour la négative, en se fondant particulièrement « sur ce qu'aux termes de l'art. 1576 du Code civil, la femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ; que l'acte par lequel le mari reconnaît

(1) V. les arrêts rendus par la cour de cassation, les 6 juin 1811, 13 octobre 1813, 10 décembre 1817, 1er avril 1822, 18 février 1833, 8 août 1833, 11 décembre 1838, etc.

(2) Délib. du 3 avril 1829.

avoir touché des capitaux que sa femme pouvait recevoir, et qu'il conserve du consentement de celle-ci, prend le caractère d'une obligation ordinaire par suite de laquelle le mari devient débiteur, soit à titre de dépôt, soit à titre de prêt, ce qui, dans l'un et l'autre cas, rend exigible le droit proportionnel de 1 % (1). » Nous n'adoptons pas, pour notre part, cette doctrine dans tout ce qu'elle a d'absolu. Sans doute la loi civile donne à la femme l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux; mais même à l'égard de ces biens, le mari trouve dans la loi le principe d'un droit d'administration. C'est lorsque la femme n'administrant pas par elle-même, ou n'ayant pas donné sa procuration au mari pour administrer (art. 1577), laisse ce dernier jouir sans opposition des biens paraphernaux. La loi donne dans ce cas au mari, et en raison de son titre, de sa qualité de mari, et des relations qu'elle suppose entre les époux, le mandat que sa femme ne lui a pas donné. C'est ce qui résulte de l'art. 1578. Il faut donc distinguer, pour la solution de la question proposée, entre le cas où la reconnaissance provient du mari agissant comme mandataire constitué de sa femme, dans les termes de l'art. 1577, et celui où elle provient du mari agissant comme mandataire légal dans les termes de l'art. 1578. Dans ce dernier cas, l'obligation de restituer *dérive pour le mari* de la loi qui lui attribue le pouvoir de toucher les deniers paraphernaux, et cette obligation remonte au contrat de mariage; la reconnaissance donnée par le mari n'est donc pas le titre de la femme; elle se lie, sous ce rapport, au contrat de mariage, dont elle n'est qu'une conséquence, et, par ce motif, elle ne peut pas rendre exigible le droit proportionnel de 1 %. Dans le premier cas, au contraire, la reconnaissance étant un titre véritable pour la femme, l'acte dans lequel prend sa source l'obligation, pour le mandataire, de restituer, il est clair que le droit est dû, comme l'a pensé la régie, à moins toutefois que le mandat donné par la femme ait été préalablement enregistré, cas auquel la reconnaissance émanée du mari devrait aussi être affranchie comme acte de complément ou d'exécution (2).

217. Enfin, la solution s'applique même à la reconnaissance ayant pour objet des reprises à exercer par une femme qui renoncerait à la communauté. Le tribunal de la Seine, établissant une distinction entre l'acceptation de la communauté par la

(1) Délib. du 12 mai 1829.

(2) Arrêt de rejet du 21 novembre 1832, aff. Monin.

femme et sa renonciation, a jugé cependant, le 10 avril 1833, que, « dans le cas de renonciation, la femme devient, pour tous les droits qui lui appartiennent, créancière directe de son mari ; mais qu'elle est obligée de se présenter munie du titre établissant le montant de chacune de ses reprises, et que son contrat de mariage ne peut être par elle invoqué que pour celles desdites créances qui s'y trouvent constatées ; que si, par conséquent, à défaut d'actes réguliers, le mari ou ses héritiers consentent à la femme une reconnaissance du montant de ses reprises, cette reconnaissance forme pour elle un véritable titre, passible du droit d'obligation si elle est sincère, ou même du droit de donation si elle déguise une libéralité. » Mais il nous semble plus sûr de décider que, du moins sous le rapport de l'exigibilité du droit d'obligation, il n'y a pas de distinction à faire entre le cas d'acceptation et celui de renonciation par la femme. Dans les deux cas, dirons-nous avec MM. Championnière et Rigaud (1), la preuve des reprises a la même nature ; la reconnaissance n'a pas un caractère différemment obligatoire, et elle n'est jamais que l'exécution du contrat de mariage, puisque le mari, ou, ce qui est la même chose, la communauté à laquelle la femme renonce, ne les a touchées qu'en vertu de ce contrat ou des règles qui en tiennent lieu.

218. Dans tout ce qui précède, nous ne nous sommes occupés que des reconnaissances énoncées soit dans le contrat de mariage, soit dans un acte postérieur, et qui constatent la remise de la dot au futur ou à un tiers, son père ou son parent. Plaçons-nous maintenant dans une autre hypothèse susceptible aussi de se réaliser fréquemment, celle où la dot est délivrée au futur par un autre que la future ; une difficulté nouvelle se présente pour la solution de laquelle il faut recourir à des principes différents. Rappelons, d'ailleurs, qu'il ne s'agit, dans ce paragraphe, que des biens qui sont apportés par les époux eux-mêmes ; par conséquent, la question porte exclusivement sur le cas où la dot quoique délivrée par un autre que la future est cependant la propriété de cette dernière. Les règles de perception applicables dans le cas où la dot est constituée par un tiers seront exposées dans le paragraphe suivant.

219. La délivrance de la dot par un tiers rendrait-elle donc un droit particulier exigible, et quel serait ce droit ? Sur la première question, l'affirmative est certaine. L'acte portant déli-

(1) T. II, n° 1091.

vrance constatera par cela même la libération du tiers qui détenait la dot; à ce titre, elle donnera nécessairement ouverture à un droit particulier. Mais quelle en sera la nature, et quelle en sera la quotité? La question se lie de la manière la plus intime à l'appréciation du titre en vertu duquel le tiers libéré par l'acte portant délivrance était détenteur. Cet acte sera pour lui, suivant la nature de sa possession, ou une décharge ou une quittance, et conséquemment il rendra exigible soit le droit fixe de 2 fr., dans le premier cas (l. 28 avril 1816, art. 43, n° 8), soit, dans le second, le droit proportionnel de 50 c. pour 100 fr. (l. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n° 11). Les principes généraux, en matière fiscale, seront d'un utile secours pour distinguer des actes qui ont entre eux la plus grande analogie. En fait, la décharge n'est pas moins que la quittance un acte libératoire, puisqu'elle éteint l'obligation de celui qui est déchargé. Mais, dans les principes de la loi fiscale, nous l'avons dit, le droit proportionnel s'applique particulièrement aux actes dont les effets ont une puissance translative. Or, tel est le caractère de la quittance; c'est ce que Pothier exprime très-bien en disant : « Lorsque l'obligation est de donner quelque chose, *le payement est la donation et translation de la propriété de cette chose.* » La quittance est donc translative, et cet effet, en considération duquel le droit proportionnel devient exigible, est particulièrement ce qui fait distinguer la quittance de la décharge ; car, la décharge, elle, ne constitue pas une aliénation de la part de celui qui la reçoit, et ne transmet rien à celui qui la donne ; elle relate seulement une libération sans transmission ; elle n'est, en réalité, qu'une exécution, dans le sens de la loi fiscale, d'un acte antérieur, et ne donne, par ce motif même, ouverture qu'à un simple droit fixe.

220. D'après cela, on peut dire que si le tiers qui a fait la délivrance de la dot appartenant à la femme détenait cette dot à titre de mandataire de la femme, il y aura à percevoir un droit particulier de décharge, soit que la remise ait lieu dans le contrat de mariage, soit qu'elle n'ait lieu qu'après et par acte séparé. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il y a absence complète de translation : la femme était déjà propriétaire; donc la remise de la dot n'ajoute rien à son droit : d'un autre côté, le mari qui reçoit la dot n'en devient pas non plus propriétaire, puisqu'il la reçoit pour la femme. Il ne s'opère donc pas de changement dans la propriété, et conséquemment il n'y aurait aucun prétexte à percevoir le droit proportionnel de quittance.

221. Au contraire, si le tiers de qui le mari reçoit la dot la

détenait à titre de prêt, le droit de quittance serait exigible. Alors, en effet, il s'opérerait une aliénation de deniers; la restitution qui en serait faite par le débiteur le dépouillerait de la propriété pour la transmettre à la femme dans les mains de son mari; et cette circonstance serait manifestement exclusive de l'application du simple droit de décharge.

§ 3. — Des contrats de mariage dans lesquels des avantages sont stipulés, soit par les époux entre eux, soit en leur faveur par des tiers.

222. Nous avons parlé, dans le paragraphe qui précède, des conventions inhérentes au contrat de mariage; on peut dire, en effet, qu'il n'existe pas de contrat de mariage sans une déclaration de la nature de celles dont nous nous sommes occupés. Il en est tout autrement des conventions dont nous avons à traiter maintenant; il s'agit de donations et de constitutions sans lesquelles le contrat pourrait très-bien exister, et qui, par conséquent, ne sont pas de son essence. Aussi ces conventions, lors même qu'elles font partie d'un contrat de mariage, doivent-elles, à la différence de celles dont il a été question dans le paragraphe précédent, supporter le droit particulier auquel elles sont soumises par leur nature. Elles se passent, ou entre les époux stipulant entre eux, ou entre les époux et des tiers; elles peuvent varier à l'infini, les contrats de mariage étant susceptibles de contenir toute espèce de conventions; mais elles consistent, le plus souvent, en abandons réciproques ayant pour objet de favoriser le nouvel établissement, et se traduisent en constitutions de dot, en donations entre vifs avec ou sans charges onéreuses, en donations contractuelles, etc. Ces conventions particulières sont soumises à des droits différents; il importe donc de les distinguer les unes des autres : c'est la difficulté la plus sérieuse de la matière.

ART. 1er. — *Donations entre époux.*

223. Les donations entre époux ont lieu par contrat de mariage, ou pendant le mariage. Dans l'un et l'autre cas, elles doivent supporter un droit particulier. Dans le premier, d'abord, il est clair que le droit fixe établi par l'art. 68, § 3, n° 1, de la loi de frimaire, n'est pas applicable : le texte de la loi est fort précis; on y lit que « ce droit ne doit être perçu que sur les contrats de mariage qui ne contiennent d'autres dispositions que des déclarations, de la part des époux, de ce qu'ils apportent eux-mêmes, *sans aucune stipulation avantageuse entre eux.* » Donc, si

indépendamment de la déclaration d'apports, le contrat présente une stipulation avantageuse pour les époux, la disposition précitée cesse d'être applicable, du moins en ce qui concerne cette dernière stipulation ; un autre droit devient exigible : c'est celui qui a été établi par l'art. 68, § 3, n° 5, de la loi de frimaire, qui frappe d'un droit fixe de 3 fr., porté à 5 fr. par la loi du 28 avril 1816, art. 45, 4°, « les testaments et tous autres actes de libéralité qui ne contiennent que des dispositions soumises à l'événement du décès, et les dispositions de même nature qui sont faites par contrat de mariage *entre les futurs* ou par d'autres personnes. » — La loi ajoute immédiatement que « le droit pour ces dispositions par acte de mariage, sera perçu indépendamment de celui du contrat. » Ainsi, deux droits fixes de 5 fr. sont exigibles sur le contrat qui contient à la fois des déclarations d'apport et des stipulations avantageuses.

224. Nous disons des *stipulations avantageuses ;* c'est qu'en effet il importe peu que le contrat contienne une seule stipulation avantageuse ou qu'il en renferme plusieurs. La loi, comme on vient de le voir, ne soumet pas *chaque disposition* à un droit indépendant de celui du contrat ; elle dit expressément : « Le droit *de ces dispositions* sera perçu indépendamment de celui du contrat... » Elle n'impose donc qu'un seul droit fixe pour toutes les libéralités éventuelles entre futurs, en quelque nombre et sous quelque dénomination qu'elles soient faites. C'est ce que la régie elle-même a reconnu en ajoutant que, quel que soit le nombre des libéralités, il n'y a, en réalité, qu'un seul donateur et un seul donataire (1).

225. Il en est de même, aux termes d'une décision ministérielle, de la donation mutuelle que les futurs époux se font par leur contrat de mariage. Le ministre a considéré avec raison que la donation mutuelle ne forme qu'une seule disposition, parce qu'il ne peut y avoir, en résultat, qu'une donation et qu'un seul bénéficiaire ; et il a conclu justement qu'un seul droit fixe est exigible dans l'espèce (2).

226. D'ailleurs, il faut que la stipulation soit réellement avantageuse pour qu'elle donne lieu à la perception d'un droit particulier indépendant de celui du contrat de mariage. Une instruction générale du 8 janvier 1824, conforme d'ailleurs à la jurisprudence de la cour de cassation, dit en ce sens, en trans-

(1) Solut. adm. du 9 pluviôse an VII.
(2) Déc. min. du 21 juillet 1820.

mettant une décision ministérielle du 9 mai 1823 : « 1° Que les préciputs stipulés en vertu de l'art. 1515 du Code civil, lorsqu'ils sont à prendre uniquement sur les biens de la communauté, ne donnent lieu ni à la perception du droit fixe de donation sur le contrat de mariage, ni à la perception du droit proportionnel de mutation par décès lors de l'événement; 2° qu'il en est de même de la reprise des apports, d'après la stipulation autorisée par l'art. 1514, ou de la clause qui n'attribuerait à l'un des époux qu'une part moindre que la moitié de la communauté, ou une somme d'argent à titre de forfait, en vertu des art. 1520 et 1522 (1). »

227. Toutefois, dans une espèce où le contrat de mariage renfermait une clause portant que le survivant aurait l'usufruit, il a été perçu un droit particulier sur la stipulation considérée comme donation mutuelle (2). Il y avait, dans l'espèce, cette circonstance particulière que la clause était stipulée non comme une convention de mariage, mais comme une donation éventuelle et mutuelle à titre d'affection. Cette circonstance explique la décision sans peut-être la justifier complétement. L'attribution au survivant, par le contrat de mariage, de la part d'usufruit qui aurait appartenu au prémourant, se présente à l'esprit moins comme une libéralité que comme une simple modification de la communauté, au moyen de laquelle le prémourant est censé n'avoir eu aucun droit acquis à l'usufruit stipulé. C'est ce que décide spécialement l'arrêt déjà cité du 30 juillet 1823 (3).

228. Les donations que les époux se font par leur contrat de mariage peuvent, à la différence des donations ordinaires, contenir soit des biens présents, soit des biens à venir, soit à la fois des biens présents et à venir (C. civ., art. 1093). Elles peuvent avoir, dans les trois cas, un caractère commun : celui de la donation à cause de mort, en ce sens que leur effet peut être subordonné à la survie du donataire. Ce sont ces stipulations que la disposition de l'art. 68, § 3, n° 5, de la loi de frimaire, a tarifées, et c'est en considération de leur éventualité qu'elles ne donnent actuellement ouverture qu'à un droit fixe, sauf la perception du droit proportionnel au décès du prémourant des époux (4).

(1) V. conf. arrêts de rejet du 6 mars 1822, aff. Tribart, et du 30 juillet 1823, aff. Delahaye.

(2) Délib. du 22 juin 1827.

(3). V. toutefois *Cass.*, 15 février 1832, aff. Collignon.

(4) V. *Cass.*, 24 nivôse an XIII (aff. Norbert); 8 décembre 1806 (aff. Kauten).

229. Mais le contrat de mariage ne répugne pas à des donations actuelles entre les époux. Il faut dire même qu'à moins de stipulation contraire, le caractère d'actualité appartient aux donations de l'espèce, quand elles ne comprennent que des biens présents : la condition de survie n'est pas présumée, dans ce cas, et la transmission s'opère immédiatement. Par cela même on comprend que, dans cette hypothèse, il ne peut plus s'agir de l'application du droit fixe établi par l'art. 68, § 3, n° 5 ; c'est le droit proportionnel qui devient exigible, et ce droit est déterminé par l'art. 53 de la loi du 28 avril 1816, aux termes duquel « les droits des donations entre vifs et des mutations qui s'effectuent par décès, soit par succession, soit par testament ou autres actes de libéralité à cause de mort, de propriété ou d'usufruit de biens meubles ou immeubles entre époux... seront perçus selon les quotités ci-après. — Pour les biens immeubles. — D'un époux à un autre époux, par donation ou par testament, 3 fr. pour 100 fr... — Pour les biens meubles. — Entre époux, 1 1/2 pour 100 fr... » Seulement, comme la donation est faite par le contrat de mariage, il y a lieu, d'après une délibération prise par la régie elle-même, d'admettre la réduction à moitié que prononce la dernière disposition du même article, bien que par ses termes cette disposition paraisse avoir été conçue en vue des donations faites, en contrat de mariage, par des tiers aux futurs (1). Nous verrons d'ailleurs, dans l'article suivant, que ce mode d'indication a été supprimé pour les donations faites par des tiers, sinon en ligne directe, du moins en ligne collatérale et par des étrangers, donations qui sont aujourd'hui directement tarifées par la loi du 23 avril 1832.

230. D'après cela, pour déterminer la nature et la quotité du droit à percevoir sur les donations que les époux se *font* par leur contrat de mariage, il faut distinguer soigneusement si la clause est ou non subordonnée, dans son effet et sa réalisation, au prédécès du donateur. La donation est actuelle et rend exigible le droit proportionnel, si elle ne dépend pas de ce prédécès ; au contraire, elle est éventuelle et ne donne ouverture qu'au simple droit fixe, sauf l'exigibilité du droit proportionnel à l'événement, si elle est subordonnée à la survie du donataire. Ainsi, dans une espèce où le futur avait fait à la future donation d'une somme déterminée à prendre sur les biens présents et à

(1) Délib. du 30 juillet 1817 et arrêts de rejet du 15 mai 1834 (aff. Rachet), et 14 août 1838 (aff. Leblond).

venir du donateur, soit que *la donataire survécût, soit qu'elle prédécédât*, le droit proportionnel a été justement exigé, par le motif que la donation devant nécessairement produire son effet soit au profit de la future, soit au profit de ses héritiers directs et collatéraux, elle devait être considérée comme actuelle et indépendante du prédécès du donateur. Au contraire, dans une autre espèce où la somme donnée devait être prise sur la succession du donateur sans autre stipulation, le droit fixe seulement a été perçu actuellement, par la raison décisive que la donation ne pouvait avoir effet qu'au décès du donateur, et tombait, comme caduque, si le donataire venait à prédécéder sans enfants.

231. Lorsque la donation rend le droit proportionnel exigible, ce droit est, comme nous l'avons dit, de la moitié des quotités qui ont été indiquées plus haut, c'est-à-dire de 75 c. pour 100 fr., si les choses données consistent en objets mobiliers, et de 1 fr. 50 c. pour 100 fr., si ce sont des immeubles qui font l'objet de la libéralité. Toutefois, il faut dire que dans cette dernière hypothèse, lorsqu'il s'agit d'immeubles susceptibles d'être hypothéqués, d'après les dispositions du Code civil, il y a lieu d'ajouter d'office, à ce droit de 1 fr. 50 c., celui de 1 1/2 pour 100 fr., déterminé, pour la transcription, par l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. MM. Championnière et Rigaud ont très-bien démontré que c'est précisément en vue des dispositions prévues par l'art. 53, que l'art. 54, qui, dans l'origine, dépendait du précédent, a été rédigé (1).

232. Dans tous les cas, le droit proportionnel soit de 75 c. sur la donation actuelle d'objets mobiliers, soit de 1 fr. 50 c. sur celle d'immeubles, est perçu en outre du droit fixe que le contrat de mariage rend exigible, et même, si ce contrat contenait des donations éventuelles, indépendamment du droit également fixe à percevoir sur ces sortes de donations. La donation actuelle est, en effet, indépendante de la donation éventuelle que la loi tarife nommément à un droit particulier, et ni l'une ni l'autre ne sont de l'essence du contrat de mariage (2).

233. Il y a également lieu à la perception d'un droit particulier, avons-nous dit, sur la donation entre époux lorsqu'elle est faite pendant le mariage au lieu d'être stipulée dans le contrat même qui constate les conventions matrimoniales. L'exigibilité d'un nouveau droit est ici plus évidente encore s'il se peut,

(1) V. t. III, n° 2183.
(2) Conf. *Dict. de l'enreg.*, v° *Contrat de mariage*, n° 61.

puisque la donation est établie par un acte tout à fait distinct du contrat de mariage. Mais ce droit, quel est-il? Est-ce celui des donations éventuelles, c'est-à-dire le droit fixe dont nous avons parlé n° 223? Est-ce celui des donations actuelles, c'est-à-dire le droit proportionnel dont il a été question n° 229, avec cette différence toutefois que, comme il ne s'agit pas ici d'une donation par contrat de mariage, le droit ne serait pas réductible à la moitié? La question est des plus délicates et des plus controversées. La solution dépend essentiellement du parti à prendre sur le caractère qui doit être attribué, en droit civil, à ces sortes de donations. On sait que, sur ce point, la doctrine des auteurs est à peu près unanime. Ils ont généralement assimilé la donation faite entre époux pendant le mariage à ces donations qui autrefois étaient qualifiées de donations à cause de mort, et que la loi civile n'admet plus aujourd'hui. Cette doctrine repose particulièrement sur l'idée que la donation faite entre époux, pendant le mariage, étant toujours révocable (C. civ., 1096), la saisine qui en résulte est imparfaite et l'effet de la donation nécessairement suspendu jusqu'au décès de l'époux donateur.

234. La régie elle-même, acceptant cette appréciation, en a tiré les conséquences qui s'en induisent tout naturellement au point de vue de la loi fiscale. L'instruction générale du 3 fructidor an XIII, § 27, énonce, en effet, que les donations de l'espèce ne dépouillent pas actuellement et irrévocablement le donateur de la propriété de la chose donnée et ne le dessaisissent même pas; que la faculté de révoquer lui conserve la propriété jusqu'à son décès, et par suite le droit d'hypothéquer et d'aliéner; que le donataire ne jouit pas de cette faculté. En conséquence, l'instruction générale conclut qu'une telle donation n'est passible que du droit fixe sur le contrat. A la vérité, deux délibérations sont intervenues les 16 novembre 1814 et 26 février 1833 (1), qui manifestaient, de la part de la régie, une tendance absolument contraire. Rendues dans des espèces où l'acte de donation accordait au donataire soit la faculté de disposer, soit le droit d'entrer immédiatement en jouissance, ces délibérations prescrivaient la perception du droit proportionnel, par le motif que le donataire devait jouir immédiatement, et que la révocation ultérieure que le donateur pourrait faire n'aurait pas empêché la donation de produire son effet jusque-là. Mais la solution fut

(1) V. ces délibérations dans le *Journ. de l'enreg.*, n° 4966, et dans le *Contrôleur*, n° 2634.

vivement attaquée (1); et, par une délibération ultérieure du 11 février 1834, l'administration a décidé, en thèse générale, que les solutions des 16 novembre 1814 et 26 février 1833 cesseront d'être prises pour règle, et que les préposés s'en tiendront à l'application de l'instruction du 3 fructidor an XIII. Ajoutons, pour compléter les données fournies par la jurisprudence sur la question, que la même doctrine s'induit virtuellement de deux arrêts de la cour de cassation rendus, l'un en matière civile (2), l'autre précisément en matière d'enregistrement (3), et qui décident, conformément à plusieurs jugements émanés de tribunaux de première instance, que les donations entre époux faites pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, n'étant, à raison de leur révocabilité, que des donations à cause de mort, sont, à ce titre, et de même que les testaments, dispensés de la formalité de l'enregistrement pendant la vie du donateur.

235. Malgré ces autorités, il est douteux que la question, si elle se présente nettement devant la cour suprême, y reçoive maintenant la solution que supposent les arrêts qui viennent d'être cités. On peut douter surtout que la régie, lorsqu'elle aura à percevoir le droit sur une donation de l'espèce, persiste dans les principes de l'instruction générale du 3 fructidor an XIII, renouvelée et indiquée comme seule règle de conduite aux préposés dans la délibération du 11 février 1834. L'arrêt récent qui a été rendu en matière civile, par la cour suprême (4), donne à la doctrine qui vient d'être exposée sur les caractères et les effets de la donation faite pendant le mariage par l'un des époux à l'autre, un démenti absolu et d'autant plus énergique, que la cour suprême casse l'arrêt qui était déféré à sa censure. Cette cour a jugé que la donation de biens présents faite entre époux, pendant le mariage, *est entre vifs*, que le donataire *est saisi immédiatement de la propriété des choses données*, et par suite qu'une telle donation, bien que toujours révocable, aux termes de l'art. 1096, *n'est pas caduque par le prédécès de l'époux donataire*. Nous le disons, pour notre part, quelque graves que puissent paraître les considérations sur lesquelles repose la doctrine contraire, il nous semble que l'appréciation que vient de faire la cour de cassation s'accorde mieux avec les principes de la loi. En présence d'une

(1) V. le *Contrôleur*, *loc. cit.*
(2) Arrêt de rejet du 20 juillet 1836 (aff. Pellegrin).
(3) Arrêt de rejet du 22 janvier 1838 (aff. Guillaume).
(4). *Cass.*, 18 juin 184 ; (aff. Lecorgne).

législation qui ne reconnaît plus les donations à cause de mort, telles du moins qu'elles avaient été instituées par l'ancien droit, il ne paraît guère possible de considérer autrement que comme donations entre vifs celles qui sont faites entre époux pendant le mariage. Sans doute, ces donations sont toujours révocables de la part du donateur. Mais qu'est-ce à dire? Les donations ordinaires ne sont-elles pas également révocables dans certains cas, et pour les causes que la loi détermine? S'ensuit-il cependant que la révocabilité altère, en quelque façon que ce soit, la saisine actuelle du donataire?... Il est élémentaire que non. La donation subsiste dans toute sa force à partir du moment où elle a été acceptée, et elle se maintient, avec tous les droits qu'elle a constitués, jusqu'à l'événement qui en amène la révocation. Pourquoi en serait-il autrement des donations entre époux? La révocabilité prend sa source dans d'autres causes, nous le reconnaissons; et notamment elle est moins l'effet de circonstances précises et déterminées, comme dans le cas des donations ordinaires, que de la volonté du donateur. Mais qu'importe? En définitive, c'est toujours à la condition de révocabilité que cette donation est soumise : condition qui est toujours une dans son principe, bien que la réalisation en puisse être amenée par des circonstances différentes, suivant qu'elle s'applique à une donation ordinaire ou à une donation entre époux. Dès lors, de même que la donation ordinaire aura eu son effet jusqu'à l'événement prévu par la loi comme susceptible d'entraîner la révocation, de même aussi la donation entre époux devra conserver toute sa force tant que l'époux donateur n'usera pas du droit de révocation que la loi a placé dans ses mains.

Donc, au point de vue de l'enregistrement, si le droit de révocation est purement personnel au donateur; s'il repose sur des motifs qui ne peuvent s'appliquer à l'événement du prédécès de cet époux; si la donation est actuelle, en un mot, et nullement subordonnée à la survie du donataire; il en résulte que la doctrine suivie maintenant par la régie repose sur une base inexacte, et qu'au lieu du droit fixe, c'est le droit proportionnel qui doit être perçu.

236. Ce droit, bien entendu, ne serait exigible que tout autant que la donation aurait pour objet des biens présents. Car alors seulement la donation peut être considérée comme produisant immédiatement son effet; c'est dans cette hypothèse qu'est rendu l'arrêt cité de la Cour suprême. Que si, au contraire, la donation portait sur des biens à venir, comme la libéralité serait nécessairement soumise à l'événement du décès, le droit fixe

serait exigible actuellement, sauf la perception du droit proportionnel à l'événement.

237. Dans tous les cas, soit qu'il s'agisse d'un droit fixe, soit qu'il s'agisse d'un droit proportionnel, les époux qui, pendant le mariage, se feraient une donation réciproque, devraient, par la force même des choses, acquitter chacun un droit. Cela tient à cette règle que de telles donations ne peuvent être faites que par actes séparés ; la loi ne permet aux époux de se faire, pendant le mariage, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte (C. civ., art. 1097).

ART. 2. — *Conventions et donations auxquelles des tiers sont parties.*

238. Les conventions auxquelles des tiers sont parties, dans les contrats de mariage, donnent également ouverture à un droit particulier indépendant de celui du contrat. Mais ce droit diffère par sa nature, suivant que la convention est à titre onéreux ou à titre gratuit ; il diffère même, dans ce dernier cas, suivant que la disposition reconnue gratuite constitue une donation proprement dite, c'est-à-dire un avantage actuel, ou une libéralité subordonnée à l'événement du décès, c'est-à-dire ce que l'on est convenu, dans la pratique, de désigner sous la dénomination d'institution contractuelle. L'appréciation des caractères de la convention est donc de la plus haute importance ; c'est à cette appréciation même que se rattachent les graves difficultés dont nous avons maintenant à parler.

Remarquons avant tout que, dans les conventions de cette nature, le caractère gratuit est facilement présumé. Le contrat de mariage n'est pas, en effet, un acte destiné au règlement d'une opération commerciale ; les tiers qui y interviennent sont ordinairement des parents qui viennent témoigner de leur sollicitude pour le nouvel établissement, et prennent entre eux des arrangements de famille dont la cause ne doit que très-rarement être cherchée ailleurs que dans un sentiment de bienveillance. La régie, au surplus, ne s'est pas écartée de cette règle, dont on peut suivre l'application dans un grand nombre de délibérations ; c'est aussi cette règle qui a inspiré l'instruction du 6 juin 1811, où on lit : « que la clause insérée dans les contrats de mariage, aux termes de laquelle les ascendants, en considération de l'union projetée, cèdent ou abandonnent à titre de donation, aux futurs, des biens moyennant une somme déterminée payable aux donateurs, ou à la charge de rentes au profit de ceux-ci ou d'étran-

gers, ne donne ouverture qu'au droit établi pour les donations par contrat de mariage... »

Cela posé, venons aux applications.

239. Les clauses qui interviennent, dans les contrats de mariage, entre les futurs et des tiers, ont généralement pour objet les constitutions dotales, matière que nous avons déjà examinée au point de vue du droit civil (V. *suprà*, sect. V du présent ch., nos 88 et suiv.). Nous parlerons ici d'abord de celles qui sont faites par le survivant des père ou mère du futur avec imputation des droits de ce dernier dans la succession de celui de ses auteurs qui est prédécédé. Il est intervenu, sur cette spécialité, nombre d'arrêts dont il serait difficile, sinon impossible, de déduire une règle générale. L'administration a également beaucoup varié dans ses décisions; mais il a été formulé, le 12 septembre 1830, une instruction générale dans laquelle les règles à suivre par les préposés ont été tracées. Les dispositions comprises dans cette instruction ont assez généralement depuis servi de base aux délibérations de la régie. Par ce motif nous croyons utile de reproduire ici ce document. En voici les termes :

« Les clauses insérées dans les contrats de mariage, en vertu de l'art. 1545 C. civ., ont donné matière à de nombreuses questions concernant la perception des droits d'enregistrement, selon qu'on considère ces clauses soit comme de simples déclarations d'apports pour les futurs, soit comme des donations entre vifs en leur faveur, ou même *comme des cessions de propriété ou de* jouissance au profit du père ou de la mère survivant. — Pour l'appréciation des effets de ces stipulations, les préposés doivent suivre la règle tracée, pour l'interprétation des conventions, par les art. 1156 et 1158 C. civ., qui prescrit de rechercher la commune intention des parties, et de prendre les termes de chaque disposition dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat. Mais l'extrême variété qui se rencontre dans la rédaction des clauses dont il s'agit est une source de difficultés pour l'application de cette règle générale. — Cependant, d'après les espèces qui se reproduisent le plus souvent, les constitutions de dot faites par le survivant des père et mère, avec imputation sur les droits du futur dans les biens du conjoint prédécédé, peuvent être rangées en deux classes distinctes. En effet, elles ont lieu, ou *sans renonciation* ou *avec renonciation* par le futur, à demander compte et partage de la succession ouverte. — L'objet de la présente est d'établir des règles de perception pour les différentes hypothèses qui se rattachent à cette distinction.

« § 1er. — *Constitution de dot, par le survivant des père ou mère, avec imputation sur les droits du futur dans les biens du prédécédé*, sans renonciation *à demander compte et partage de la succession ouverte.*

» En général, celui qui constitue une dot est réputé donateur. Dans l'acception ordinaire, le mot *dot* emporte l'idée de libéralité : de là vient que les art. 1440, 1457, 1548 C. civ., mettent la garantie de la dot et le payement de ses intérêts à la charge de celui qui l'a constituée, et qui, par ce seul fait, en est censé débiteur. — Cependant, lorsque dans le cas prévu par l'art. 1545, la dot est constituée par le père ou la mère survivant, la loi admet que cette constitution de dot puisse être faite sans qu'il y ait donation. En effet, si la dot se compose entièrement de biens déjà recueillis par le futur époux dans la succession antérieurement ouverte de son père ou de sa mère, il est évident que l'ascendant survivant qui la constitue ne donne et ne transmet réellement rien ; il est garant de la dot, mais cette garantie se réduit alors à une simple attestation de l'existence des biens dotaux. Dans ce cas, la constitution de dot se résout en une déclaration d'apports, que le futur aurait la faculté de faire lui-même, et que son père ou sa mère, qui, dans cette circonstance, réunit ordinairement à cette qualité celle de tuteur ou de comptable des deniers de la succession, fait pour lui dans une forme plus favorable à la dignité paternelle. — Mais il y a donation, quand l'ascendant survivant, qui constitue la dot imputable sur la succession du prédécédé, la fournit avec ses propres deniers ; et ce fait, d'après le caractère général de libéralité attaché à la constitution de la dot, est toujours présumé, jusqu'à preuve contraire résultant de l'inventaire ou de la liquidation des biens de l'ascendant prédécédé, ou d'autres titres irrévocables. — Cette distinction, qui découle des principes du droit, peut être suivie pour la perception des droits d'enregistrement.

» S'il est exprimé dans le contrat de mariage, ou s'il est justifié par des actes d'inventaire ou de partage, que la dot constituée par le père ou la mère survivant se compose en entier d'effets mobiliers et de sommes existants dans la succession de l'ascendant prédécédé, la constitution de dot doit être considérée comme une simple déclaration d'apports qui, d'après l'art. 68, § 3, n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII, ne donne ouverture à aucun droit particulier d'enregistrement. Seulement, si la déli-

vrance de la dot avait lieu dans le contrat de mariage, ou s'il était stipulé que la célébration du mariage équivaudra à décharge, il serait dû le droit fixe de 2 fr. pour cette décharge faite à l'ascendant survivant en sa qualité de tuteur du futur ou d'administrateur de la succession de l'époux prédécédé. — Mais s'il n'est point énoncé dans le contrat, ou justifié par des actes authentiques, que les sommes ou valeurs constituées en dot se trouvent dans la succession échue au futur, cette constitution est alors censée faite avec les deniers propres du père ou de la mère survivant, et le droit proportionnel de donation est exigible au taux de 62 c. 1/2 p. °/₀. — Ces règles de perception ont été appliquées dans les deux espèces ci-après. (Suivent les espèces.)

« § 2°. — *Constitution de dot par le survivant des père ou mère*, avec imputation *sur les droits du futur dans la succession du prédécédé, et renonciation à demander compte et partage de cette succession.*

» Un arrêt de la Cour de cassation, du 20 mai 1828, a prononcé qu'une constitution de dot, faite par un père à sa fille, tant pour la remplir de ses droits dans la succession de sa mère, que par avancement sur celle du constituant, avec renonciation, par la future, à demander à son père compte et partage de la succession maternelle, n'emportait point cession des droits de la fille dans cette succession. — Cet arrêt n'avait pas paru susceptible de former jurisprudence : il avait été prescrit, par l'instruction, n° 1256, de continuer à prendre pour règle une solution générale du 5 janvier 1822, qui, dans les cas analogues, autorisait la perception du droit dû pour les ventes. — Cependant, plusieurs décisions judiciaires, intervenues dans un sens conforme à l'arrêt du 20 mai 1828, ont déterminé un nouvel examen de la question.

» D'après les motifs de cet arrêt, il y a lieu de reconnaître que la renonciation, par l'enfant doté, à demander compte et partage à l'ascendant survivant, de la succession du conjoint prédécédé, lorsqu'elle est simple, n'opère, par elle-même, aucune cession des droits du futur dans cette succession ; que, dans ce cas, elle n'exprime que l'ajournement du compte à rendre et la continuation dans les mains du père ou de la mère survivant, de l'administration des biens de la succession ; que nonobstant cette énonciation, le futur conserve la faculté de demander compte et partage, en rapportant la somme constituée en dot ; que l'obligation

qu'il contracte est purement potestative et résoluble à sa volonté ; et que les droits, soit sur le revenu, soit sur la propriété de la succession, subsistent dans leur intégrité ; que, pour justifier la perception du droit de vente, il faut qu'elle résulte de termes exprès, qui manifestent la commune intention des parties.

» On doit conclure de ces principes que la constitution de dot, faite par le père ou la mère survivant, avec imputation sur la succession du prédécédé, et renonciation pure et simple, par le futur, à demander compte et partage de cette succession, ne peut être considérée, pour la perception des droits, et d'après la distinction établie au § 1er de la présente, que comme une déclaration d'apports, ou comme une donation mobilière, selon que cette constitution est faite avec des valeurs provenant de la succession ouverte, ou avec les deniers propres de l'ascendant survivant. — Mais si la renonciation des futurs à demander compte et partage est conçue dans des termes qui la convertissent, d'un simple ajournement de compte, en un abandon de droits successifs, s'il en résulte d'une manière explicite que le père survivant qui constitue la dot fera les fruits siens des revenus des biens du prédécédé, ou même qu'il pourra disposer de la propriété, il y a lieu de percevoir le droit proportionnel de transmission, soit d'usufruit, soit de propriété, au taux déterminé par la nature mobilière ou immobilière des biens de la succession. — L'application de ces règles, dans les hypothèses qui viennent d'être prévues, ressortira des exemples suivants.

» 1° *Cas où la renonciation à demander compte et partage équivaut à un simple ajournement du compte à rendre.*

» *Premier exemple.* — Par le contrat de mariage de son fils, passé le 14 juillet 1829, à Crépy, madame veuve Ducros lui donne et constitue la somme de 6,000 fr. qu'elle lui a précédemment remise, laquelle somme sera imputée sur les droits du sieur Ducros dans la succession de son père, et l'excédant, s'il y en a, sur la succession à échoir de sa mère. Au moyen de cette constitution de dot, il est expressément convenu et d'honneur que le compte que madame Ducros peut devoir à son fils de la succession de son père *sera ajourné et prorogé* au décès de madame Ducros, ce qui est accepté par le futur. — Il avait été perçu pour cette disposition, considérée comme cession d'usufruit, le droit de 5 1/2 p. % sur 3,000 fr., moitié de celle de 6,000 fr. formant la constitution dotale. Mais un jugement du tribunal de Senlis du 22 septembre 1829 a ordonné, sur la demande du sieur Ducros, la réduction de ce droit à celui de 62 c. 1/2 p. % pour donation de

la somme de 6,000 fr. — L'administration a acquiescé à ce jugement, en reconnaissant que le sieur Ducros ne percevra que comme mandataire les revenus des biens de la succession échue à son fils ; que ces revenus devront entrer dans le compte de son administration, compte que le fils, nonobstant la prorogation exprimée dans le contrat, peut exiger quand il le voudra en rapportant la somme constituée en dot.

« *Deuxième exemple.* — Le contrat de mariage du sieur Guichard et de la demoiselle Millière, passé le 16 janvier 1827, contient la clause qui suit : « Le sieur Millière, père de la future, déclare qu'en faveur de ce mariage, il constitue en dot à ladite Anne Millière, sa fille, future épouse, la somme de 9,400 fr. à imputer d'abord sur la succession de Perrine-Anne Diard, sa défunte épouse, et ensuite sur la sienne à échoir, au moyen de laquelle dot lesdits sieur et demoiselle futurs époux renoncent à demander aucun compte et partage des biens de ladite dame Diard, qu'en rapportant à ladite succession la somme ci-dessus constituée en dot à la future épouse. » — Le tribunal de Baugé, par un jugement du 14 avril 1829, auquel l'administration a adhéré, a déclaré qu'il n'était dû, pour cette clause, que le droit de donation sur 9,400 fr. au lieu de celui de cession d'usufruit qui avait été perçu sur la moitié de cette somme par le receveur au bureau de Durtal. — Le tribunal de Metz a prononcé dans le même sens par un jugement du 20 août 1829, rendu dans une affaire absolument semblable.

» Les préposés remarqueront que la condition de rapporter la dot, en cas de demande de compte et partage, lorsqu'elle n'est pas exprimée, est nécessairement sous-entendue, puisque tout partage ne peut s'opérer qu'au moyen du rapport, par les héritiers, des sommes qu'ils ont reçues à valoir sur leurs droits dans la succession ; qu'ainsi la stipulation de cette condition n'est d'aucune influence sur la perception des droits d'enregistrement. — Au surplus, dans les deux espèces qui viennent d'être rapportées, le droit de donation n'eût pas même été exigible s'il eût été exprimé dans le contrat, ou établi par des actes en forme, que la dot avait été constituée en valeurs existantes dans la succession de l'ascendant prédécédé. Ainsi qu'il est expliqué au § 1er de la présente, cette constitution de dot n'eût alors produit l'effet que d'une simple déclaration d'apport ; dans la première espèce seulement, le droit fixe de décharge eût dû être perçu pour la délivrance des deniers dotaux par la mère survivante.

» 2° *Cas où la renonciation à demander compte et partage est*

accompagnée de cession d'usufruit ou de propriété des droits successifs du futur.

» *Premier exemple.* — Par son contrat de mariage du 13 juin 1829, la demoiselle Adam s'est constitué en dot la somme de 12,000 fr., provenant de la succession de sa mère, et qui lui a été remise par le sieur Adam son père ; au moyen de quoi elle a déclaré n'avoir aucun compte ni partage à demander à celui-ci, et consentir qu'il *jouisse en usufruit, sa vie durant,* des biens maternels. — Le droit de cession d'usufruit a été perçu sur la somme de 6,000 fr., représentant les intérêts, pendant dix années, de la constitution dotale. — La restitution de ce droit a été demandée. — Mais il a été observé que la cession de l'usufruit se trouvait formellement exprimée ; que, sans doute, la jouissance du père pouvait cesser par la demande de compte et partage que la demoiselle Adam est toujours libre de former, nonobstant sa renonciation ; mais que cet événement, résolutoire par sa nature, n'était point suspensif des effets de la cession, et ne portait point obstacle à la perception du droit de vente. — Cette perception a été maintenue.

» *Deuxième exemple.* — L'art. 3 du contrat de mariage du sieur Matthieu Saint-Laurent et de la demoiselle Véron Révil, passé le 28 décembre 1828, à Chatenoit (Bas-Rhin), est ainsi conçu : « La demoiselle Véron Révil, future épouse, apporte en mariage et se constitue personnellement en dot ses droits non encore liquidés dans la succession de sa mère, à compte desquels son père lui remettra et délivrera une somme de 12,500 fr. argent comptant, avec convention qu'au moyen de la remise ou délivrance de cette somme, M. Véron Révil, père de la future, ne pourra jamais être astreint à rendre aucun compte de la succession de madame son épouse décédée, ni être recherché *de son vivant* à raison de cette succession. » Dans cette espèce, la cession d'usufruit n'est point énoncée d'une manière aussi explicite que dans celle qui précède ; néanmoins, elle résulte suffisamment de ces termes : « Que le père de la future ne pourra être astreint à rendre compte de la succession de sa femme, ni être recherché *de son vivant* à raison de cette succession. » — La demande du droit de vente sur 6,250 fr. a été ordonnée en remplacement de celui de donation qui avait été perçu sur la somme totale de 12,500 fr.

» Le droit de cession serait également exigible, s'il était dit que le père ou la mère survivant percevra, *à son profit,* tous les *intérêts* et *revenus,* et ne *rendra compte* dans le partage que des

capitaux; cette clause devrait être considérée comme un bail à vie ou à durée illimitée des biens de la succession.

» Parmi les contrats de mariage qui ont donné lieu à réclamation, en raison des droits perçus sur les constitutions de dot faites par l'ascendant survivant, il ne s'en est pas présenté où la renonciation à demander compte et partage de la succession du prédécédé fût accompagnée de la cession par le futur de la *propriété* et de ses droits dans cette succession. Cependant, s'il était constant, d'après les termes du contrat, que le père ou la mère survivant pourra disposer, *en toute propriété,* des biens de la succession échue à l'enfant doté, le droit de vente devrait être exigé sur le montant total de la constitution de dot imputable sur cette succession, et non plus seulement sur la moitié de cette constitution, comme dans le cas de cession d'usufruit... »

240. Si la dot était constituée par un frère ou par un autre cohéritier, pour remplir la future de ses droits dans la succession de l'auteur prédécédé, la constitution pourrait, comme dans l'hypothèse précédente, présenter les caractères soit de la cession de droits successifs, soit de la donation onéreuse. La clause du contrat de mariage devra donc être appréciée et interprétée d'après les mêmes règles. Seulement on peut dire, avec MM. Championnière et Rigaud (1), que, dans ce cas, la libéralité doit être moins facilement présumée, et, en conséquence, qu'il y a lieu généralement de considérer comme principale la transmission à titre onéreux. La jurisprudence présente aussi, à cet égard, des variations assez nombreuses; ce qui, dans ce cas, comme dans le précédent, s'explique très-bien, si l'on songe que la question se résume toujours en une appréciation de clauses dont la rédaction varie elle-même à l'infini.

241. Lorsque au lieu de constituer une somme représentative des droits des futurs dans la succession échue de l'un de leurs auteurs, le père ou la mère survivant s'oblige soit à payer une pension, soit à nourrir et entretenir les futurs et les enfants à naître, le droit à percevoir varie suivant que, d'après la clause, l'obligation de nourrir doit être considérée comme l'obligation principale, ou que l'abandon des biens héréditaires domine dans la convention. Au premier cas, c'est le droit de donation mobilière qui est perçu; dans le second, c'est le droit de bail à vie ou à nourriture qui est exigible. On ne saurait non plus, à cet égard, tracer des règles absolues; tous les efforts que la régie a

(1) T. IV, n° 2932.

tentés dans ce sens viennent échouer devant les espèces nouvelles qui forcent chaque jour de modifier la perception.

242. D'ailleurs, les conventions de cette nature ont une grande affinité avec une stipulation qui est faite très-fréquemment dans les contrats de mariage; nous voulons parler de celle par laquelle les parents et les futurs conviennent de vivre à frais communs, en confondant leurs revenus et le produit de leurs travaux. Cependant, les clauses de cette nature diffèrent essentiellement, quant au fond, soit de la donation, soit du bail à nourriture ou à vie; et, conséquemment, elles ne rendent pas exigible le droit de l'une ou de l'autre convention. C'est ce que la régie a reconnu dans une espèce où le contrat de mariage portait que les père et mère du futur recevraient la dot de la future; que toutes les parties seraient associées dans leurs revenus, travaux et profits; et qu'en cas de séparation, les beau-père et belle-mère délivreraient à leur bru des immeubles à eux propres pour une valeur égale à la somme par eux reçue *sur la dot*. Tout est incertain, a dit la régie, dans cette convention; elle ne réunit pas les conditions nécessaires pour constituer une vente, ni même une promesse de vente; elle ne peut pas donner lieu à la perception du droit proportionnel (1). Toutefois, les conventions de l'espèce ne sont en aucune manière de l'essence du contrat de mariage; elles doivent donc donner ouverture à un droit particulier. Tantôt la régie a perçu le droit fixe de 3 fr., établi sur les actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission (l. 22 frim. an VII, art. 68, § 3, n° 4; l. 28 avril 1816, art. 45, n° 2). Tantôt, appréciant mieux, à notre avis, la convention, elle a considéré que l'association qui en résulte ne constitue pas le contrat de société proprement dit, et, par suite, elle a décidé que la clause, ne rentrant dans aucune dénomination du tarif, ne pouvait donner lieu qu'au droit fixe de 1 fr., comme acte innommé (l. 22 frim. an VII, art. 68, § 1, n° 31). C'est aussi dans ce dernier sens que se prononcent MM. Championnière et Rigaud (2).

243. Arrivons maintenant aux constitutions faites par les parents ou par l'un d'eux sans aucune imputation. Celles-ci présentent un caractère plus prononcé de libéralité, car elles impliquent, comme nous l'avons dit, ou la donation entre vifs, ou l'institution contractuelle. Dans l'un et dans l'autre cas, un droit

(1) Délib. du 13 septembre 1824.
(2) T. IV, n° 2937.

particulier est encore exigible, indépendamment de celui du contrat de mariage; mais ce droit est essentiellement différent, et les caractères qui appartiennent à ces deux espèces de libéralité déterminent la nature du droit à percevoir sur l'une et sur l'autre.

244. En principe, l'institution contractuelle est une disposition mixte qui participe de la donation entre vifs, en ce qu'elle est irrévocable comme elle, et de la disposition testamentaire, en ce que, comme celle-ci, elle ne donne que des espérances, qui ne doivent avoir d'effet qu'à la mort de l'instituant. C'est seulement le titre d'héritier qui est irrévocablement assuré à l'institué; mais rien ne fait obstacle à ce que l'instituant aliène sans fraude les biens qu'il possède au jour du contrat. Or, on a vu, dans les observations préliminaires, que la pensée dominante de la loi, en matière d'enregistrement, est de suivre, par l'application d'un droit proportionnel, non pas une transmission éventuelle et incertaine, mais une transmission fixe, actuelle et réelle. Par cela même, on comprend que l'institution contractuelle, cette transmission qui présente au plus haut degré ce caractère d'incertitude et d'éventualité, ne peut pas donner ouverture à un droit proportionnel. Aussi est-ce le droit fixe de 5 fr. qui doit être perçu sur le contrat de mariage, indépendamment de celui auquel ce contrat lui-même donne lieu: l'institution tombe en effet sous l'application des articles ci-dessus reproduits des lois des 22 frimaire an VII et 28 avril 1816 (n° 223).

245. Ce droit de 5 fr., qui est perçu immédiatement sur le contrat, n'est toutefois exigible que tout autant qu'il y aurait réellement une libéralité. Une simple promesse ne suffirait pas; c'est ainsi qu'aucun droit n'a été perçu dans une espèce où les père et mère du futur intervenant au contrat de mariage, y déclaraient « qu'ils étaient dans l'intention de faire incessamment un partage provisoire de leurs biens; que, dans ce partage, il serait fait un prélèvement pour la portion disponible, et que le surplus serait divisé en cinq lots, un pour chaque enfant; que celui du futur époux serait composé tant de sa part héréditaire que de la moitié donnée dans la portion des biens disponibles; qu'après ce partage, les père et mère du futur lui feront donation de la moitié des biens dont son lot se trouverait composé, pour en jouir jusqu'au partage définitif (1). »

246. Il est cependant certaines promesses qui, dans l'usage,

(1) Délib. du 11 juin 1823.

équivalent à l'institution contractuelle, et, par conséquent, donnent ouverture au droit fixe de 5 fr. Il en est ainsi, d'après MM. Championnière et Rigaud (1), de la promesse d'instituer un futur héritier, faite dans le contrat de mariage. C'est, disent ces auteurs, sur la foi du donateur que le mariage a été contracté, ce qui suffit pour rendre la disposition effective et irrévocable... Une promesse semblable est donc une véritable libéralité subordonnée à l'événement du décès.

247. La régie a appliqué la solution à ces promesses d'égalité dont les contrats de mariage présentent des exemples fréquents. Voici ce qu'on lit, en effet, dans l'instruction générale du 25 juin 1836 : « Dans certains départements, on insère assez fréquemment, dans les contrats de mariage, une clause par laquelle les père et mère des futurs leur assurent une part héréditaire égale à celle des autres enfants, ou promettent de ne point avantager ces derniers. Cette clause, empruntée de l'ancien droit, est connue sous le nom de *promesse d'égalité*. — On a demandé si elle donne ouverture à un droit particulier d'enregistrement, et quelle est la quotité de ce droit. — La promesse d'égalité est évidemment indépendante de la déclaration des apports des futurs, de la reconnaissance de la dot de la future, des stipulations relatives au régime dotal ou de la communauté, et autres dispositions qui constituent le contrat de mariage. Sous l'ancien droit, elle était considérée comme équivalant à une institution contractuelle; c'est ce qu'atteste M. Merlin, Répert. de jurisp., v° Institution contractuelle, § 6, n° 3, d'après plusieurs arrêts de parlement et de cours souveraines; elle a conservé ce caractère sous le Code civil. « Une telle promesse, suivant M. Duranton, t. IX, n° 656, est une véritable institution d'héritier, *puisqu'elle doit avoir pour effet d'assurer aux futurs époux une portion de l'hérédité du père.* » Cette doctrine a été consacrée par deux arrêts de la cour de cassation des 15 décembre 1818 et 11 mars 1834, rendus entre particuliers. — Ainsi, la promesse d'égalité est, par sa nature, une donation de biens à venir régie par l'art. 1082 du Code civil. Elle transmet au futur, sous la condition de survie, une part dans la quotité disponible des biens du père, et interdit à ce dernier la faculté de disposer de cette quotité, au préjudice des futurs. Elle donne par conséquent ouverture au droit fixe de 5 fr., établi par les art. 68, § 3, n° 5, de la loi du 22 frimaire an VII, et 45, n° 4, de la loi du 28 avril 1816,

(1) T. IV, n° 2930.

pour les dispositions de libéralité soumises à l'événement du décès, faites par contrat de mariage aux futurs, lequel droit se perçoit indépendamment de celui qui est exigible par le contrat. » — La doctrine et la jurisprudence ont adopté cette appréciation de la promesse d'égalité. Elle est contredite, toutefois, par MM. Championnière et Rigaud (1), qui enseignent, en conséquence, que le droit fixe n'est pas exigible. Le tribunal de Bourbon-Vendée s'est prononcé en ce sens par un jugement du 5 février 1839.

248. Du reste, si l'institution contractuelle ne donne lieu qu'à l'application du droit fixe lors de l'enregistrement du contrat de mariage dans lequel elle est faite, il ne s'ensuit pas que l'institué soit désormais libéré vis-à-vis du fisc. La transmission que l'institution faisait espérer venant à se réaliser, un droit proportionnel est exigible, puisque d'incertaine et d'éventuelle qu'elle était, la mutation est devenue fixe, actuelle et réelle. Mais ce droit, quel est-il? C'est celui des mutations par décès, et non des donations entre vifs. Il résulte, en effet, d'une jurisprudence constante, que c'est l'événement auquel l'institution contractuelle était subordonnée, c'est-à-dire le prédécès de l'instituant, qui lui donne l'existence sans aucun effet rétroactif, en sorte que la mutation s'opère par décès et donne ouverture au droit de cette espèce (2). Le droit sera donc, en ligne directe, de 25 c. pour 100 fr. sur les meubles, et de 1 fr. pour 100 fr. sur les immeubles (l. 22 frim. an VII, art. 69, § 1, n° 3, et § 3, n° 4); et en ligne collatérale, « entre frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces, sur les meubles, 3 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 6 fr. 50 c. pour 100 fr.; entre grands-oncles et grand'tantes, petits-neveux et petites-nièces, cousins germains, sur les meubles, 4 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 7 fr. pour 100 fr.; entre parents au delà du quatrième degré jusqu'au douzième, sur les meubles, 5 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 8 fr. pour 100 fr.; entre personnes non parentes, sur les meubles, 6 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 9 fr. pour 100 fr. » (L. du 21 avril 1832, art. 33).

249. Lorsqu'au lieu d'une institution contractuelle, le contrat de mariage renferme, en faveur des époux ou de l'un d'eux, une donation entre vifs de la part d'un tiers, les droits à perce-

(1) T. IV, n° 2931.

(2) V. *Cass.*, 19 pluviôse an XI (aff. Broca); 24 nivôse an XIII (aff. Norbert); 24 décembre 1821 (aff. Maniglier); 13 avril 1825 (aff. Devoisins).

voir sont différents et par leur nature, et par leur quotité. La donation a pour effet essentiel de saisir immédiatement le donataire. Ainsi, dans l'hypothèse, il y a mutation à titre gratuit, et transmission actuelle, sauf dans un cas dont nous nous occuperons bientôt, celui d'une donation suspendue dans son effet, dans sa réalisation. Les principes de la loi fiscale indiquent donc que ce n'est pas un droit fixe, mais bien un droit proportionnel qui devient exigible sur le contrat de mariage. Quant à la quotité, elle a subi des variations assez nombreuses, du moins en ce qui concerne la donation en ligne collatérale et entre personnes non parentes. Voici comment elle est déterminée tant pour les donations en ligne directe que pour celles dont nous venons de parler. L'art. 69, § 4, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, tarife à 1 fr. 25 c. pour 100 fr. « les donations entre vifs, en propriété ou usufruit, de biens meubles en ligne directe; » et le § 6, n° 2, du même article, ajoute que le droit de 2 fr. 50 c. pour 100 fr. sera perçu sur « les donations entre vifs, en propriété ou usufruit, de biens immeubles en ligne directe. » Il est dit, après chacune de ces dispositions, que « il ne sera perçu que moitié droit si les donations sont faites par contrat de mariage. » Aucun tarif ultérieur n'étant venu modifier ces dispositions, il en résulte qu'en ligne directe, les donations de l'espèce ne donnent ouverture aujourd'hui qu'à un droit de 62 c. 1/2 pour 100 fr. sur les meubles, et de 1 fr. 25 c. pour 100 fr. sur les immeubles. — En ligne collatérale, la même loi, art. 69, § 6, n° 1, et § 8, n° 1, avait établi, sur les donations entre vifs, un droit de 2 fr. 50 c. pour 100 fr. sur les meubles, et de 5 fr. pour 100 fr. sur les immeubles, droit également réduit à moitié en faveur des donations faites par contrat de mariage. Le tarif fut élevé par la loi du 28 avril 1816, qui maintint toutefois le principe de la réduction à moitié pour les donations de l'espèce. Mais la loi du 21 avril 1832 s'est éloignée de ce système de réduction, et tarifant directement ces donations, elle a déterminé le montant du droit eu égard à la qualité des parties. Nous avons fait connaître, au numéro précédent, les droits établis par cette loi sur les donations hors contrat de mariage ou sur les mutations par décès, seuls droits applicables à l'institution contractuelle lorsqu'elle se réalise, puisque, ainsi qu'on l'a vu, cette institution constitue alors une mutation par décès. Voici maintenant les droits moins élevés établis par le même art. 33, sur les donations faites par contrat de mariage, en ligne collatérale et entre personnes non parentes : « Entre frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et

nièces, sur les meubles, 2 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 4 fr. 50 c. pour 100 fr. — Entre grands-oncles et grand'tantes, petits-neveux et petites-nièces, cousins germains, sur les meubles, 2 fr. 50 c. pour 100 fr.; sur les immeubles, 5 fr. pour 100 fr. — Entre les parents au delà du quatrième degré jusqu'au douzième, sur les meubles, 3 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 5 fr. 50 c. pour 100 fr. — Entre personnes non parentes, sur les meubles, 4 fr. pour 100 fr.; sur les immeubles, 6 fr. pour 100 fr. » Tels sont aujourd'hui les tarifs des donations entre vifs par contrat de mariage; il convient, d'ailleurs, de dire qu'en ligne directe, à la différence de ce qui a lieu relativement aux donations entre époux (v. *suprà*, n° 231), le droit de 1/2 %, pour transcription, ne doit pas être ajouté d'office lors de la perception du droit d'enregistrement. Ce droit ne devient exigible que lorsque les parties requièrent la formalité au bureau des hypothèques; cela s'induit, par analogie, de la loi du 16 juin 1824, dont l'art. 3 dispose expressément qu'il en doit être ainsi à l'égard des démissions de biens par les ascendants (1). Quant aux donations en ligne collatérale et entre personnes non parentes, le droit de transcription ne doit jamais être ajouté. Il résulte, en effet, de l'instruction générale du 30 avril 1832, que ce droit est compris dans le droit d'enregistrement établi sur les donations entre vifs d'immeubles, soit par contrat de mariage, soit hors contrat de mariage, par la loi du 21 avril 1832.

250. En rapprochant le tarif qui précède de celui qui a été établi pour les donations ordinaires, on voit que dans toutes les hypothèses les donations faites par contrat de mariage jouissent d'une faveur marquée. On en pressent le motif: destinées à assurer l'avenir des familles et à en accroître l'aisance, ces donations ont été de tout temps un objet de sollicitude pour le législateur. La modération du droit n'est qu'une inspiration de la même pensée. Toutefois, il convient de restreindre la règle dans de justes limites. C'est aux donations *par contrat de mariage* que la faveur de la loi est assurée; le texte est très-précis. Toute donation qui serait faite hors contrat de mariage ne devrait donc pas jouir de la modération du droit. On a soutenu, cependant, que les expressions *par contrat de mariage*, dont le législateur s'est servi, n'ont pas un caractère restrictif, et que toutes les fois que la donation est faite *en faveur* du mariage, suivant le sens et les effets que les auteurs donnent à ces termes, elle doit

(1) V. en ce sens MM. Championnière et Rigaud, t. III, n° 2184.

jouir du bénéfice de la réduction. « C'est à cette faveur, disent MM. Championnière et Rigaud (1), que la loi attache sa protection, et lorsqu'elle attribue, en droit civil, à une libéralité, le caractère particulier qu'elle fait résulter du but que s'est proposé le donateur, on doit lui supposer la même volonté dans l'application des dispositions fiscales. Il suffit donc que la donation soit faite en vue du mariage, et avant sa célébration, pour qu'elle jouisse de la réduction. » MM. Championnière et Rigaud invoquent, à l'appui de cette doctrine, une délibération de la régie qui l'aurait consacrée dans une espèce où il s'agissait d'une libéralité faite, avant la célébration du mariage, par l'un des futurs époux à l'autre (2); et un arrêt de la cour de cassation qui juge que lorsqu'une donation faite par un père à son fils, avant le mariage de ce dernier, est acceptée dans le contrat de mariage, les tribunaux peuvent décider, du moins en ce qui touche la fixation du droit d'enregistrement, que la donation doit être réputée *donation en faveur de mariage*, et par suite qu'elle ne doit donner lieu qu'à la perception du demi-droit proportionnel d'enregistrement (3). Ajoutons, enfin, que cette doctrine a été plus explicitement consacrée par le tribunal civil de Toulouse, dans un jugement du 27 mai 1837, où on lit : « Que les donations faites *en faveur du mariage* jouissent des mêmes priviléges et exceptions que les donations faites *par contrat de mariage;* que l'art. 1008 du Code civil les déclare caduques, si le mariage ne s'ensuit pas; que dès lors ces donations doivent jouir des mêmes avantages, et qu'il est évident que les réductions des droits d'enregistrement leur sont applicables. »

Cependant, quelque équitable et quelque rationnelle qu'elle puisse paraître, cette interprétation trouve dans la lettre de la loi la plus puissante objection. La réduction du droit est appliquée nominativement aux donations faites *par contrat de mariage;* et à travers les modifications successives que les tarifs ont subi, l'expression de la loi s'est constamment maintenue la même. Ainsi, le § 8, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, en établissant le droit proportionnel pour les donations en général, ne l'avait exceptionnellement réduit que pour les donations faites *par contrat de mariage aux futurs*. La loi du 28 avril 1816, art. 53, en modifiant le taux du droit, avait aussi établi la réduc-

(1) T. IV, n° 2941.
(2) Délib. du 17 juillet 1827.
(3) Arrêt de rejet du 9 avril 1828 (aff. Grégori).

tion limitativement en faveur des donations faites *par contrat de mariage*. Enfin, la loi du 21 avril 1832, qui forme le dernier état de la législation sur la matière, est, s'il se peut, plus précise encore sur ce point; car, en déterminant le montant des droits d'enregistrement, eu égard à la qualité des parties, elle établit et suit, dans tous les degrés, la distinction qu'elle fait entre les donations *par contrat de mariage* et les donations *hors contrat de mariage*, pour frapper celles-ci d'un droit plus élevé que celui qu'elle établit sur les autres. En présence de ces dispositions si claires et si précises, il paraît difficile d'assimiler, pour la perception de l'impôt, les donations faites hors contrat de mariage, bien que faites en considération du mariage, à celles qui sont faites par contrat de mariage. L'assimilation qui existe, en droit commun, entre les unes et les autres, semble repoussée par la loi spéciale, qui, lorsqu'elle n'est ni obscure ni incomplète, doit être interprétée d'après les principes qui lui sont propres, et non d'après les principes du droit commun. C'est par ces considérations que la cour de cassation, saisie de la question à l'occasion du pourvoi dirigé contre le jugement précité du tribunal civil de Toulouse, a cassé ce jugement, et posé en principe que les donations *en faveur d'un mariage projeté*, mais faites *hors contrat de mariage*, ne doivent point jouir de la modération du droit d'enregistrement, établie seulement pour les donations *par contrat de mariage* (1). Nous ajouterons, d'ailleurs, que cette décision n'est pas en opposition avec celle du 9 avril 1828, qu'invoquent MM. Championnière et Rigaud. Dans l'espèce de ce dernier arrêt, il n'y avait pas, en réalité, de donation avant le mariage, puisque c'est seulement dans le contrat de mariage que le donataire avait accepté la libéralité. Or, une donation n'étant parfaite que par l'acceptation, les juges avaient très-bien pu considérer la donation comme faite non-seulement *en faveur* du mariage, mais encore *par contrat de mariage*, c'est-à-dire dans les conditions mêmes qui autorisent la modération du droit. C'est ce que la cour de cassation a reconnu par son arrêt du 9 avril 1828, dont la décision se rattache ainsi plus particulièrement à un principe important en matière fiscale, à savoir : que l'acceptation d'une offre ne rétroagit pas, et que le contrat ne prend naissance que du jour où l'acceptation se produit.

251. A plus forte raison, y aurait-il lieu de percevoir le droit établi sur les donations faites hors contrat de mariage, si la

(1) *Cass.*, 30 janvier 1839 (aff. Prévost).

stipulation contenue dans ce contrat prouvait par elle-même que la donation s'est accomplie auparavant. La cour de cassation a jugé en ce sens : que lorsqu'un enfant, dans son contrat de mariage, s'est déclaré propriétaire d'un immeuble qu'il annonce tenir de la libéralité de son père, cette énonciation ne suffit pas pour établir une *donation par contrat de mariage*, dans le sens de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an VII, qui réduit à moitié les droits des donations en faveur de celles qui sont faites par contrat de mariage. La donation, dans ce cas, doit être réputée faite antérieurement, surtout si l'enfant rattache sa propriété à un acte antérieur, et cela encore même que le père ait déclaré, dans un acte authentique postérieur au contrat de mariage, qu'en effet il avait entendu donner l'immeuble à son fils pour son mariage, et que c'était par omission que le contrat n'en faisait pas mention (1).

252. Toutefois, il en serait autrement, si la mutation opérée au profit du fils résultait d'une déclaration faite dans le contrat de mariage. C'est ce que la régie a reconnu elle-même dans une espèce où le fils s'était constitué, dans son contrat de mariage, des biens qu'il disait lui appartenir, et qui, précédemment, appartenaient à son père présent au contrat de mariage, et y apposant sa signature. L'administration a pensé qu'une pareille déclaration, qui, en droit civil, n'aurait pas pour effet la transmission des biens, établissait cependant, relativement au fisc, une présomption de mutation ; mais que cette mutation n'était opérée que par la disposition même, attendu que rien ne pouvait établir qu'elle fût antérieure (2).

253. C'est sur le contrat de mariage, avons-nous dit, que le droit proportionnel doit être perçu. Cela est vrai dans le cas même où la donation constatée par ce contrat n'y est pas accompagnée d'une acceptation expresse et explicite de la part du donataire. Il en serait autrement, comme nous l'avons rappelé au n° 250, des donations ordinaires qui, n'existant que par l'acceptation expresse, ne rendent pas le droit proportionnel exigible, tant qu'elles ne sont pas régulièrement acceptées. Mais la dérogation qui est faite à l'égard des donations par contrat de mariage s'explique d'elle-même : on pense que l'acceptation expresse est suffisamment suppléée par le consentement au mariage. Il y a, d'ailleurs, sous ce rapport, une liaison intime entre les prin-

(1) Arrêt de cass. du 2 mai 1820 (aff. Chrestien de Chanteloup).
(2) Délib. du 30 fructidor an X.

cipes de la loi civile et ceux de la loi fiscale. L'art. 1087 du Code civil statue, en effet, dans le sens de la présomption que nous venons d'indiquer, en décidant que « les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation. »

254. Mais, pour que le contrat de mariage rende le droit proportionnel exigible, il faut, avant tout, que la disposition constitue réellement une donation entre vifs. « La circonstance que la libéralité a lieu par contrat de mariage, disent avec raison MM. Championnière et Rigaud (1), n'en modifie pas le caractère; elle exige les mêmes conditions et se constitue des mêmes éléments que si elle avait lieu par acte spécial; c'est le vœu formel de l'art 1081 du Code civil, et la loi fiscale ne porte aucune dérogation à ce principe. » Ajoutons que non-seulement la disposition du contrat de mariage doit constituer une donation entre vifs pour rendre le droit proportionnel immédiatement exigible, mais encore il faut qu'elle produise l'effet ordinaire des donations, c'est-à-dire le dessaisissement actuel du donateur. Si la donation était suspendue dans sa réalisation, il ne devrait être perçu qu'un droit fixe de 5 fr., comme dans le cas de l'institution contractuelle, et en vertu des mêmes dispositions : le droit proportionnel ne serait ouvert qu'à l'événement de la condition suspensive. Mais, à la différence de ce qui a lieu dans le cas d'institution contractuelle, cette condition, fût-elle le prédécès du donateur, produit, en s'accomplissant, un effet rétroactif qui reporte la transmission au jour même du contrat; en sorte qu'à l'événement de la condition c'est toujours le droit des donations entre vifs par contrat de mariage, et non celui des mutations par décès, qui doit être perçu (2).

255. Ce ne sont là que des applications fort simples des divers tarifs que nous avons indiqués. La jurisprudence a eu à statuer sur des hypothèques autrement compliquées, et dont la difficulté tient à l'étendue que peuvent avoir les dispositions faites par les tiers dans les contrats de mariage. On sait que non-seulement les donations par contrat de mariage peuvent contenir des biens présents, mais encore que, différentes en cela des donations ordinaires, elles peuvent avoir pour objet à la fois des biens présents et des biens à venir, ou même des biens à venir seulement. Dans ces hypothèses diverses, la dis-

(1) T. IV, n° 2940.
(2) *Rej.*, 15 mai 1834 (aff. Rachet).

position prend soit le caractère de l'institution contractuelle, soit celui de la donation entre vifs. A quels signes peut-on reconnaître l'un ou l'autre caractère ? C'est la principale difficulté de la matière. Elle a été approfondie avec une grande puissance par MM. Championnière et Rigaud, dont la dissertation savante sera consultée avec fruit (1). Nous nous bornerons, pour notre part, à exposer, sur ce point délicat, les données fournies par la jurisprudence.

256. Lorsque la donation a pour objet *des biens*, il n'y a pas de difficulté, s'il s'agit de biens à venir, puisque rien n'est et ne peut être transmis : la clause constitue donc au plus haut degré l'institution contractuelle, et par suite elle ne donne pas actuellement ouverture au droit proportionnel. Cela ne semble pas avoir été contesté.

257. Il y a eu plus de difficulté dans le cas où la disposition avait pour objet à la fois des biens présents et des biens à venir. D'une part, on pouvait dire que l'actualité pour partie de la disposition devait autoriser la perception du droit proportionnel ; mais, d'une autre part, on pouvait soutenir que la disposition était éventuelle pour le tout, puisqu'elle devenait caduque, même pour les biens présents, en cas de prédécès du donataire ; et, en conséquence, qu'elle ne pouvait être considérée, pour le tout, que comme institution contractuelle. Consulté sur la difficulté, le conseil d'état l'a résolue en des termes qui ne permettent plus aucun doute. L'avis qu'il a rendu le 22 décembre 1809 est ainsi conçu : « Vu, 1° l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an VII ; 2° les art. 1084, 1085, 1089 et 1090 du Code civil ; — vu les observations de l'administration des domaines et de l'enregistrement ; — considérant, 1° qu'aux termes de l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an VII, le droit proportionnel d'enregistrement est dû lorsqu'il y a transmission réelle de propriété, d'usufruit ou de jouissance ; — 2° que le droit de retour, en cas de survie de la part du donateur, conformément à l'art. 1089 du Code, ni la réduction à la quotité disponible, aux termes de l'art. 1090, n'empêchent pas que la jouissance qui serait accordée de suite par le contrat de mariage ne soit une véritable mutation, et conséquemment passible du droit proportionnel ; — est d'avis que, pour les donations de biens présents et à venir, faites par contrat de mariage, soit qu'elles soient faites cumulativement ou par des dispositions séparées, le droit proportionnel est dû pour les biens

(1) T. IV, nos 2968 et suiv.

présents toutes les fois qu'il est stipulé que le donataire entrera de suite en jouissance. » Ainsi, dans l'hypothèse, le droit proportionnel ne peut être exigé, pour les biens présents, que tout autant que, d'après la stipulation, le donataire doit entrer immédiatement en jouissance, encore même l'avis doit-il être entendu en ce sens, que le droit à percevoir est uniquement celui auquel donne ouverture l'usufruit transporté (1).

258. Il en est ainsi même dans le cas où un état des dettes et charges du donateur a été annexé à la donation cumulative de biens présents et à venir. Plusieurs arrêts de la cour de cassation, et notamment un arrêt du 14 mai 1823, avaient d'abord supposé que l'effet de l'annexe était d'opérer une transmission immédiate et irrévocable ; et la régie avait suivi cette doctrine (2). Mais appelée à se prononcer de nouveau sur la question, la cour de cassation a reconnu, au contraire, que l'annexe n'est d'aucune influence sur les effets de la donation, laquelle n'est pas moins caduque, en cas de survie du donateur, même pour les biens présents. En conséquence, la cour a jugé que la donation, quoique accompagnée de l'état des dettes, n'est nullement transmissive, pas même en ce qui touche les biens présents, si elle ne met le donataire en jouissance immédiate d'aucun des objets donnés, conformément à l'avis du 22 septembre 1809 (3). Cette doctrine n'est plus contestée.

259. Pareillement, les déclarations de transmission immédiate de *nue propriété* n'altèrent pas le caractère incertain et éventuel de la disposition ayant pour objet des biens présents et à venir. Il résulte d'une jurisprudence constante (4), que la disposition ainsi conçue, et alors même qu'elle autorise le donataire à disposer actuellement de la nue propriété, ne rend exigible qu'un droit fixe d'enregistrement. L'avis du 22 septembre 1809 est une confirmation bien positive de cette doctrine. Cet avis ne suppose la transmission actuelle, et n'autorise, en conséquence, la perception du droit proportionnel, que lorsqu'il y a mise immédiate en *jouissance*. Or, la retenue de l'usufruit et la transmission de la nue propriété ne sont pas la mise en jouissance. Le droit proportionnel ne saurait donc être exigible.

(1) Inst. gén. du 8 juin 1830, § 4.
(2) Délib. du 19 février 1828.
(3) *Rej.*, 1er décembre 1829 (aff. Mempotel).
(4) *Cass.*, 17 mai 1815 (aff. Brugier); 28 janvier 1819 (aff. Laugier); 14 mai 1823 (aff. Filhos); 15 février 1830 (aff. Ducayla).

260. Lorsque la disposition contenue au contrat de mariage a pour objet non plus *des biens*, mais des *sommes d'argent*, il faut distinguer si le payement s'en fait actuellement, ou s'il est suspendu par la stipulation d'un terme qui est ordinairement le décès du donateur. Dans le premier cas, la transmission est actuelle ; la convention constitue donc une donation entre vifs, et rend par cela même exigible le droit de l'espèce sur le contrat de mariage. Il n'y a pas, sur ce point, de doute possible.

261. Dans le second cas, il en est tout autrement ; les donations de l'espèce sont même celles qui ont suscité les difficultés les plus sérieuses dans la perception. La régie a longtemps varié dans les solutions qu'elle a données. D'abord, elle a décidé que les donations de sommes payables au décès ne devaient être considérées que comme institution contractuelle et ne donnaient par conséquent pas actuellement ouverture au droit proportionnel, lorsque le donateur ne payait pas d'intérêts et n'hypothéquait pas ses *biens* (1). Puis, la régie a marché d'incertitude en incertitude, jusqu'à ce qu'envisageant la question sous toutes ses faces, elle a tracé la marche à suivre dans l'instruction générale du 19 mai 1824, dont le § 6 est spécialement consacré aux donations de sommes d'argent payables au décès du donateur. Dans cette partie de l'instruction, on a successivement traité des donations de sommes payables *après* le décès du donateur, des donations de sommes à prendre dans la succession du donateur, et enfin de ces mêmes donations de sommes avec stipulation d'intérêts jusqu'à l'ouverture de la succession. Dans le premier cas, il est décidé « que la donation d'une somme payable après le décès du donateur est réputée entre vifs, et, à ce titre, donne ouverture à la perception du droit proportionnel, si le donateur se dessaisit actuellement de la propriété de cette somme, et lors même qu'il s'en réserverait l'usufruit, ou que le capital ne produirait pas d'intérêts jusqu'au décès ; lors même aussi qu'il stipulerait le droit de retour en cas de prédécès du donataire, et qu'il n'accorderait ni hypothèque, ni autre garantie pour assurer le payement. » — Dans le second cas, il est décidé « que la donation d'une somme à *prendre* sur la succession du donateur, et ne *produisant pas* d'intérêts payables avant l'ouverture de cette succession, est éventuelle et réputée à *cause de mort*, en quelque forme qu'elle soit consentie et acceptée, et ne donne pas lieu à la perception actuelle du droit

(1) Délib. du 11 septembre 1819. V. le *Dict. de l'enreg.*, v° *Donation entre vifs*, n° 127.

proportionnel, lors même que le donateur stipulerait une hypothèque sur ses biens présents, sauf à exiger, dans ce cas, le droit de mutation lors de l'ouverture de la succession du donateur. » — Dans le troisième cas, enfin, il est décidé « que si le donateur d'une somme à prendre sur sa succession s'oblige à en payer pendant sa vie les intérêts, cette stipulation de jouissance a un effet actuel et non subordonné à l'événement du décès, et le droit doit être perçu à raison de la jouissance, sur le capital au denier dix du revenu, ce qui n'empêche pas que la perception sur le capital au denier vingt ne soit réservée pour être faite lors de l'événement qui saisira réellement le donataire (1). » Telles sont les bases de la perception établie par l'instruction du 19 mai 1824 ; la régie ne s'en est pas écartée d'une manière sensible jusqu'ici. Toutefois, sa doctrine est critiquée par les auteurs du Dictionnaire de l'enregistrement (2), notamment dans la distinction établie entre la donation de sommes à prendre après le décès et celles de sommes à prendre sur la succession sans stipulation d'intérêts. La donation, dans l'un et dans l'autre cas, est entre vifs, d'après ces auteurs, et donne immédiatement ouverture au droit proportionnel.

262. Quant à la cour de cassation, la jurisprudence qu'elle a suivie sur la question, tant en matière civile qu'en matière fiscale, est très-obscure et fort incertaine. Il serait difficile de déduire, des décisions nombreuses que cette cour a rendues, un principe applicable à toutes les espèces. Cependant, en examinant attentivement les arrêts qui sont intervenus, on peut reconnaître que la tendance de la cour suprême est de voir toujours dans les donations de sommes, comme dans les donations d'un objet corporel, une transmission immédiate de la propriété, en sorte que, les deniers appartenant immédiatement au donataire, le droit proportionnel de donation se trouve dès à présent exigible (3).

263. La conséquence qui s'induirait de ce système, c'est qu'à

(1) V. pour cette instruction le *Dict. de l'enreg.*, v° *Donation entre vifs*, n^os^ 127 et suiv.; MM. Championnière et Rigaud, t. IV, n° 2963, et le Code annoté de M. Masson de Longpré, n^os^ 2512 et suiv.

(2) V. *loc. cit.*, n^os^ 127 et 128.

(3) V. *Cass.*, 8 juillet 1822 (aff. Petit Beauverger); 15 mars 1825 (aff. Astruc); 17 avril 1826 (aff. Gas). Mais v. notamment les arrêts des 3 décembre 1828 et 8 décembre 1831, rendus dans l'aff. d'Estampes, et dans laquelle l'opinion de la cour suprême, successivement repoussée par les trib. de Paris et de Versailles, a définitivement succombé devant la cour de Rouen, le 27 juin 1832.

l'ouverture de la succession il ne serait pas dû un nouveau droit de mutation sur les sommes données, puisque, dans la réalité, ces sommes ne font pas partie des biens héréditaires. C'est, en effet, ce qui avait été d'abord expressément reconnu par la cour de cassation elle-même (1). Mais cette cour a rejeté plus tard cette conséquence logique du système qu'elle a adopté sur la question principale, en décidant que le droit du donataire, sur les sommes données, forme une charge pour la succession, et ne doit pas dès lors être déduit de l'évaluation des biens héréditaires (2).

264. Les donations de sommes sont souvent accompagnées, dans les contrats de mariage, d'une disposition alternative par laquelle le donateur promet de donner soit la somme, soit un immeuble. Nombre de décisions sont intervenues sur cette spécialité. D'abord, la régie avait pensé que le droit de donation immobilière était exigible, sous le prétexte que la réalisation en immeubles n'était que l'exécution du contrat. Condamnée par la cour de cassation, la régie pensa que le droit de donation mobilière devait être perçu, sauf à exiger plus tard le droit de vente, comme d'une dation en payement, si le donateur venait à se libérer en délivrant l'immeuble. Mais cette prétention fut aussi condamnée par la cour de cassation; et la régie a recouru à un troisième système qui est formulé dans l'instruction générale du 20 février 1817, dont les principes ont été depuis suivis par l'administration. Dans ce système, les donations alternatives d'une somme ou d'un immeuble sont d'abord soumises au droit des donations mobilières, puis ce droit est porté à celui des donations immobilières, si ultérieurement le donateur se libère en immeubles. Il y aurait encore un autre système de perception qui serait peut-être mieux en harmonie avec les principes de la loi fiscale : ce serait de ne percevoir aucun droit proportionnel tant que l'option ne serait pas effectuée, sauf à percevoir, soit le droit des donations mobilières, soit celui des donations immobilières, suivant que le donateur se libérerait en argent ou en immeubles. Ce dernier système est adopté par MM. Championnière et Rigaud (3).

(1) *Rej.*, 18 février 1829 (aff. Plas); *Cass.*, 1er avril 1829 (aff. Briant).
(2) *Rej.*, 2 avril 1839 (aff. Foucault).
(3) V. t. IV, nos 2997 et suiv.

§ 4. — Des changements et résiliements.

265. Les conventions matrimoniales ne sont immuables que lorsque le mariage est contracté. Elles peuvent jusque-là être modifiées, mais à certaines conditions que nous avons indiquées dans la section VII[e] de ce chapitre (1). Il résulte des règles que nous avons exposées, que lorsque les actes qui apportent des changements aux contrats de mariage sont passés devant notaire avant la célébration du mariage, en présence et du consentement de toutes les parties contractantes, ces actes sont censés faire partie du contrat. La conséquence de ce principe, relativement au droit d'enregistrement, se déduit d'elle-même. On doit réunir les dispositions de l'acte de changement à celles du contrat de mariage dont le nouvel acte est le complément, et se décider ensuite d'après les modifications que cet acte fait au contrat.

266. Si le nouvel acte opère une addition aux clauses qui donnent ouverture à des droits, il y a lieu de percevoir un supplément en suivant les règles qui ont servi à déterminer la quotité des droits perçus sur le contrat de mariage. Ainsi, par exemple, les donations qui pourraient être établies par l'acte additionnel jouiront de la modération du droit établi en faveur des donations par contrat de mariage.

267. Si le nouvel acte n'ajoute rien aux dispositions qui donnaient ouverture à des droits dans le premier, c'est seulement un droit fixe qui devra être perçu ; et ce droit fixe sera, non pas celui du contrat de mariage, puisque le nouvel acte fait partie de ce contrat sur lequel le droit spécial a été déjà perçu, mais bien le droit fixe d'un franc auquel est assujetti tout acte innommé.

268. Enfin, si l'acte additionnel annule, dans le contrat de mariage, des dispositions qui avaient donné ouverture à des droits, il y aura lieu à la restitution de ces droits, par exception à la règle générale d'après laquelle les changements que font les parties aux conventions réglées entre elles n'entraînent pas la restitution des droits, lorsque ces conventions sont parfaites et définitives lors de leur rédaction. On a pensé qu'il y avait lieu de déroger à cette règle à l'égard des changements faits à un contrat de mariage avant la célébration, par le motif que les effets de ce contrat sont nécessairement subordonnés à la célébration du mariage (2).

(1) V. *suprà*, n[os] 135 et suiv.
(2) Sol. adm. du 25 septembre 1812.

269. Lorsque le mariage n'est pas célébré, le contrat qui en avait réglé les conventions devient nul de fait. C'est l'acte civil du mariage qui devait donner naissance à la société conjugale; cet acte n'ayant pas eu lieu, la société ne s'est pas formée. Dès lors, le résiliement du contrat de mariage qui interviendrait entre les parties ne pourrait pas être considéré comme un acte de dissolution de société, passible d'un droit fixe de 5 fr. d'après l'art. 45, n° 2 de la loi du 28 avril 1816. Il résulte d'une délibération de la régie qu'un tel acte ne rendrait exigible que le droit fixe de 2 fr. (1); et cela quand même l'acte de résiliement contiendrait quittance de la dot restituée, attendu que la quittance n'est qu'une conséquence naturelle du résiliement (2).

270. L'acte de résiliement entraîne la restitution des droits perçus sur le contrat de mariage, mais à certaines conditions qui seront indiquées au paragraphe suivant. Toutefois, si quelques-unes des stipulations du contrat de mariage étaient maintenues, nonobstant la résiliation, comme n'étant pas essentiellement liées aux conventions matrimoniales, il y aurait lieu de retenir les droits perçus sur ces dispositions, outre le droit de 2 fr. auquel l'acte de résiliement est lui-même soumis.

271. On doit même redemander aux parties la totalité des droits perçus sur le contrat de mariage, si, après en avoir obtenu la restitution par suite du résiliement, elles font revivre leur premier contrat et contractent le mariage. Dans la même hypothèse, si les futurs font un nouveau contrat, on ne peut exiger que les droits auxquels ce dernier contrat donne ouverture, attendu que le premier est censé n'avoir jamais existé. Et conséquemment, si elles n'arrêtent pas de nouvelles conventions matrimoniales, on ne peut leur redemander les droits qui leur ont été restitués après le résiliement du premier contrat, ces droits se rapportant à un acte qui n'existe plus (3).

§ 3. — Des règles de perception.

272. Nous avons à indiquer maintenant, pour compléter les notions générales sur le droit d'enregistrement appliqué aux contrats de mariage, les règles de perception qui sont communes à tous les contrats, quelles que soient d'ailleurs les stipu-

(1) Délib. du 28 août 1824.
(2) Sol. du 7 octobre 1817.
(3) Déc. min. du 13 août 1819.

lations que ces contrats contiennent. Les observations que nous avons à présenter se rapportent particulièrement aux obligations des notaires, aux demandes en restitution des droits perçus, et à la prescription qui peut être opposée à ces demandes.

Les contrats de mariage doivent être présentés à la formalité par les notaires qui les ont reçus; et la présentation doit être faite dans un délai que la loi détermine pour tous les actes en général. Ce délai est de dix jours pour les actes des notaires qui résident dans la commune où le bureau d'enregistrement est établi, et de quinze jours pour ceux des notaires qui n'y résident pas (l. 22 frim. an VII, art. 20). Il est bien entendu que ces délais ne s'appliquent qu'aux actes parfaits; c'est dans ce sens qu'il a été décidé que le délai pour l'enregistrement d'un acte notarié ne court que du jour où l'acte est devenu parfait par la signature du notaire (1).

273. Les notaires ne doivent pas seulement présenter le contrat de mariage à la formalité; ils sont en outre tenus d'en acquitter les droits, encore même que les parties ne leur en aient pas fait l'avance. L'art. 29 de la loi de frimaire dispose, en effet, que « les droits des actes à enregistrer seront acquittés... par les notaires, *pour les actes passés devant eux.* » La jurisprudence a interprété cette disposition en ce sens, que les notaires sont débiteurs directs et personnels des droits dont leurs actes sont susceptibles, sauf leur recours contre les parties (2), recours que leur réserve expressément l'art. 33 de la même loi. Aux termes de ce dernier article, combiné avec l'art. 10, § 2, de la loi du 16 juin 1824, chaque contravention, de la part du notaire, entraînerait contre lui, et cette fois sans aucun recours contre les parties, la condamnation à une amende de 10 fr., si le contrat n'était passible que du droit fixe; ou, si ce contrat donnait ouverture à un droit proportionnel, d'une somme égale au montant du droit dû, sans préjudice de ce droit, et sans que le montant de la condamnation pût être au-dessous de l'amende de 10 fr.

274. Du reste, l'obligation des notaires, en ce qui concerne le payement des droits, n'est pas sans limites. Ces officiers publics ne doivent avancer que les droits dont le contrat qu'ils présentent à la formalité est susceptible par sa nature; ils ne sont donc pas tenus des droits de mutation dont la preuve peut se tirer des actes par eux rédigés, mais dont ces actes ne forment

(1) Trib. de Melun, 13 août 1834.

(2) *Civ. rej.*, 1er mars 1825 (Enreg. c. Notaires de Lyon).

pas le titre. Ce point est admis en jurisprudence (1). Ainsi, lorsque les déclarations relatives aux biens que les futurs apportent en mariage sont susceptibles, comme dans certaines hypothèses que nous avons eu occasion de signaler, de faire présumer une mutation secrète, la régie pourra bien réclamer, du nouveau possesseur, les droits et doubles droits encourus (l. 22 frim. an VII, art. 12); mais elle ne pourrait pas exiger ces droits du notaire (2).

275. En outre, comme la loi ne parle que des actes à *enregistrer*, il en faut conclure qu'après l'enregistrement on ne pourrait plus s'adresser au notaire pour exiger de lui un supplément dont les parties seules seraient désormais débitrices envers l'administration (3).

276. Aux termes de l'art. 60 de la loi du 22 frimaire an VII, « tout droit d'enregistrement perçu régulièrement, en conformité de la présente, ne pourra être restitué, quels que soient les événements ultérieurs... » Cette disposition a donné lieu, dans l'application, à des difficultés graves et nombreuses, qui tiennent à la trop grande généralité des termes dans lesquels elle est conçue. Nous ne l'examinerons ici que relativement aux contrats de mariage.

277. Un principe constant en cette matière, et qui résulte d'un grand nombre d'arrêts, c'est que les vices d'un contrat ne sont point un obstacle à la perception du droit d'enregistrement, parce qu'il est possible que, malgré ces vices, l'acte reçoive son exécution, et que les parties ne peuvent, d'ailleurs, imputer qu'à elles-mêmes d'avoir fait un acte nul. De là on a conclu, en jurisprudence, que l'annulation d'un contrat, même pour vice radical, ne rend pas le droit restituable, parce que le droit a été régulièrement perçu, et que l'annulation du contrat n'est qu'un de ces *événements ultérieurs* que la loi signale comme ne devant être pris en aucune considération. Vainement on s'est élevé contre cette jurisprudence (4); elle s'est maintenue malgré les plus vives attaques; et peut-être pourrait-on dire que ce n'est pas sans raison, si l'on songe aux graves perturbations que le principe contraire porterait dans les recettes publiques, en raison de la multitude de cas où les événements ultérieurs

(1) *Civ. rej.*, 12 février 1834 (Enreg. c. Me Hailig).
(2) V. Conf. MM. Championnière et Rigaud, t. IV, n° 2992.
(3) Inst. gén. du 29 juin 1808.
(4) V. MM. Championnière et Rigaud, t. IV, nos 3954 et suiv.

peuvent réagir sur les positions prises par les parties. Quoi qu'il en soit, les contrats de mariage ont été, comme tous autres actes, sauf les exceptions faites par le législateur lui-même (1), soumis à cette jurisprudence, et il a été fait une application remarquable du principe sur lequel elle est fondée, par un arrêt de cassation qui décide que les droits d'enregistrement perçus sur un contrat de mariage, suivi d'un acte de célébration qui a été annulé pour défaut de consentement libre de la part de l'une des parties, ne sont pas restituables à raison de cette annulation, qui constitue un *événement ultérieur* (2).

278. Ce n'est pas à dire, cependant, que les droits perçus sur un contrat de mariage ne soient jamais restituables. Nous avons indiqué, au paragraphe précédent, quelques cas spéciaux dans lesquels la restitution a lieu. Une instruction du 29 juin 1808, § 29, a prévu des cas plus généraux de restitution. Il en résulte que les droits perçus sur les contrats de mariage doivent être restitués lorsqu'il est reconnu que la célébration n'a pas eu et n'aura point lieu, et que la demande en restitution est formée en temps utile, sauf à conserver le droit fixe comme salaire de la formalité donnée au contrat de mariage annulé.

La restitution dépend de deux circonstances : l'une, qu'il soit prouvé que le mariage n'aura pas lieu ; l'autre, que la demande soit formée en temps utile. L'une et l'autre de ces conditions donnent lieu à des observations particulières.

279. On peut se demander par quels moyens il est suffisamment établi que le mariage n'a pas eu et n'aura pas lieu. La jurisprudence de la régie présente, sous ce rapport, des règles fort précises. Il en résulte d'abord qu'un acte notarié portant résiliation d'un contrat de mariage, établit suffisamment que le mariage n'a pas été célébré, puisque, d'après l'art. 1395 du Code civil, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement *après* la célébration. En conséquence, il n'est pas nécessaire que la demande en résiliation soit appuyée, en outre, dans ce cas, d'un certificat de non célébration délivré par l'officier de l'état civil.

280. Mais, à défaut de l'acte de résiliement, un certificat du maire ne ferait pas une preuve suffisante. Il se peut, en effet, que le mariage ait été célébré dans une autre commune que celle du maire qui a délivré le certificat.

(1) V. notamment l'avis du Conseil d'État des 18-22 octobre 1808.
(2) *Cass.*, 25 mai 1841 (aff. Vionnois).

Par la même raison, un acte signifié par le père de l'un des futurs, mineur, au notaire rédacteur, et portant que le mariage n'aura pas lieu, ne suffirait pas, soit pour empêcher la perception des droits, soit pour réduire la perception au droit fixe, soit pour autoriser la réduction du droit proportionnel qui pourrait avoir été perçu (1).

En un mot, on peut dire sur cette première condition, à laquelle est subordonné le succès d'une demande en restitution, qu'il faut un acte qui ne laisse pas d'incertitude sur la non exécution du contrat, à moins qu'il ne soit justifié du décès de l'un des futurs avant le mariage, ou de son mariage avec une autre personne.

281. Il faut, en outre, que la demande en restitution soit formée en temps utile; c'est la seconde condition sans laquelle la demande en restitution ne pourrait pas non plus être accueillie. Le délai dans lequel la demande doit être formée est celui de deux ans, aux termes de l'art. 61, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII. Mais quel est le point de départ de ce délai? Il faut distinguer: s'il y a eu résiliement, c'est à partir de l'acte qui le constate, parce que c'est de la date de cet acte seulement que les parties ont pu commencer à agir (2).

282. Mais la règle cesse d'être applicable aux droits régulièrement perçus. C'est la date de l'enregistrement du contrat de mariage qui fixe, dans ce cas, le point de départ de la prescription de deux ans. En effet, tant qu'un contrat de mariage n'a pas été suivi de la célébration du mariage, les parties demeurent maîtresses de déclarer que le mariage n'aura pas lieu, et de réclamer ainsi, avant l'expiration des deux ans, la restitution des droits perçus; en sorte qu'elles ne peuvent, comme dans la précédente hypothèse, se prévaloir de la maxime : *Contra non valentem agere non currit prescriptio*. La jurisprudence est fixée dans ce sens (3).

283. Les règles que nous avons expliquées jusqu'ici s'appliquent, en général, ainsi qu'on l'a vu, à tous les régimes d'association conjugale. C'est le cas maintenant d'aborder les règles spéciales à chacun de ces régimes, en commençant par celui de la communauté légale, qui est le plus important, puisque c'est ce régime qui forme le droit commun.

(1) Déc. adm. du 11 mars 1813.
(2) Délib. du 9 août 1820.
(3) V. notamment *Cass.*, 10 décembre 1838 (aff. Denjoy).

CHAPITRE II.

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

Sommaire.

284. Définition et fondement de la communauté conjugale.
285. Variété des anciennes coutumes en ce qui concerne les règles de cette communauté.
286. Suite.
287. Le Code civil, en créant l'unité législative, a fondé un nouvel état de choses. Toutefois, l'influence ne s'en fait sentir que sur les communautés formées entre époux après la promulgation du Code.
288. La communauté, sous l'empire des coutumes, était légale ou conventionnelle.
289. Cette division est également admise par le Code civil; mais la différence est plus réelle. — En quel sens la communauté est-elle légale?
290. La communauté peut être à la fois conventionnelle et légale.
291. Conventionnelle ou légale, la communauté commence avec le mariage lui-même.
292. Tel était aussi le principe qui avait fini par prévaloir, dans les anciennes coutumes, même dans celles qui n'admettaient la communauté que lorsque le mariage avait duré un an et jour. — Opinion conforme de Dumoulin et de Pothier.
293. Toutefois des auteurs modernes, en se fondant sur l'autorité de ces grands jurisconsultes, ont prétendu que sous l'empire des coutumes aussi bien que depuis le Code civil, la communauté ne peut être considérée comme ouverte réellement qu'au moment où finit la société des personnes.
294. Réfutation. — Que, même selon l'opinion de Dumoulin et de Pothier, le droit de communauté était acquis à la femme par le contrat de mariage; et que le brocard *non est proprie socia*, etc., avait été formulé particulièrement en vue des rapports des époux avec les tiers.
295. A plus forte raison en est-il ainsi sous l'empire du Code civil, qui ne donne plus au mari des pouvoirs absolus comme ceux qui lui étaient accordés autrefois, et qui, substituant à l'ancienne qualification de *seigneur* et *maître*, celle d'*administrateur*, consacre virtuellement l'idée d'une société existant réellement, entre les époux, même durant le mariage.
296. Toutefois, cette société diffère essentiellement des sociétés ordinaires. No-

tamment, elle ne suppose pas, comme les sociétés commerciales proprement dites, l'existence d'un être moral qui ait un droit de propriété et d'usufruit distinct de celui des époux.

297. De quelques autres différences qui existent entre la communauté conjugale et les sociétés ordinaires.

298. Transition.

284. La communauté conjugale est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient (1). Fondée sur la nature même du mariage, cette communauté ou société de biens se rattache aux instincts primitifs. Dans toute société, en effet, où la famille a reposé moins sur une idée de puissance absolue que sur les liens du sang, et qui, s'écartant de la règle romaine (2), n'a pas reconnu le pouvoir despotique du mari, on conçoit qu'à l'origine des choses, l'homme et la femme, en associant leur existence, ont dû mettre en commun ce qu'ils possédaient l'un et l'autre (3). La seule autorité du fait formait alors, entre les époux, une société de biens qui s'établissait accessoirement au mariage, et à laquelle les législateurs empruntèrent l'idée de communauté, lorsque, plus tard, l'augmentation des richesses et l'inégalité des fortunes firent sentir la nécessité de soumettre cette association à la loi positive, et de la protéger ainsi contre les dangers et les fraudes que pouvaient susciter l'amour du gain et l'esprit de spéculation.

Lors donc que la législation des Germains consacra des institutions qui se sont développées plus tard sur le sol de la France et y ont produit cette communauté conjugale qu'organisèrent nos anciennes coutumes, elle ne fit guère que sanctionner un état de choses qui avait dû se former de lui-même; elle attribua

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 1.

(2) A cet égard, V. ce que nous disons dans notre introduction historique, n^os^ 4 et suiv.

(3) « Le mariage emporta d'abord, sans qu'il fût besoin de stipulation, communauté de biens, comme il établissait communauté de vie et d'existence. L'épouse mit tout ce qui était en son pouvoir sous la main du protecteur qu'elle avait recherché, ou aux pieds du bien aimé qu'elle se donnait. L'époux partagea tout ce qu'il possédait avec la plus belle et la meilleure partie de lui-même, avec l'économe, l'ordonnatrice de sa maison, la mère de ses enfants. — Ceux-ci, lorsqu'ils vinrent à perdre l'un des auteurs de leurs jours, ou continuèrent à vivre en communion avec le survivant, ou lui donnèrent, en se séparant, une part dans les biens dont ils l'avaient vu jouir. — Telle est l'origine de la communauté... » (Discours de M. Siméon au corps législatif, V. Locré, t. XIII, p. 446).

le caractère d'institution civile à une situation de droit naturel qui était dans les mœurs et dans les usages d'un peuple où la femme, selon l'expression de Tacite, était, vis-à-vis de son mari, *laborum periculorumque socia*.

285. Mais il s'en faut qu'en passant dans la loi positive, ces usages s'y soient produits avec la simplicité et le caractère uniforme qu'*ils durent nécessairement* avoir dans les temps primitifs. On a vu, par notre introduction historique (1), quelle fut, sur ce point, la diversité des lois germaines. La diversité de la législation coutumière a été plus grande encore. Près de trois cents coutumes se partageaient le territoire de la France, et soixante environ donnaient, sur la communauté, des règles absolument différentes. Toutefois, Pothier (2) a ramené le droit sur la communauté à quatre espèces distinctes, qui sont :

1° Le droit de la coutume de Paris, de celle d'Orléans et de presque tout le pays coutumier, qui admettait entre des conjoints par mariage, lorsqu'ils ne s'en étaient pas expliqués, une communauté de biens qui commençait à l'instant de la bénédiction nuptiale, et qui avait lieu quelque peu de temps que le mariage eût duré.

2° Le droit de quelques coutumes, telles que celles d'Anjou, du Maine, Grand-Perche, Chartres, qui n'admettaient une communauté de biens entre un mari et une femme qui ne l'avaient pas expressément stipulée, que dans le cas où le mariage avait duré au moins un an et jour, disposition qui n'était qu'un reste de l'ancien droit français tel qu'on le trouve décrit dans le Grand Coutumier, liv. II, ch. XL (3).

3° Le droit de quelques coutumes qui, semblable à celui qui avait lieu dans les provinces régies par le droit écrit, n'admettait pas de communauté de biens entre un homme et une femme qui se mariaient, s'ils ne l'avaient pas stipulée, mais ne défendait pas de la stipuler.

4° Enfin, le droit de la coutume de Normandie, qui non-seulement n'admettait pas la communauté (4), mais encore qui dé-

(1) V. *suprà*, n° 17.

(2) *De la communauté*, n^os^ 4 et suiv.

(3) « *Nota* que par usage et coutume, deux conjoints ou affins demeurants ensemble par an et jour, sans faire division ou protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté quant aux meubles et conquêts. »

(4) « Les personnes conjointes par mariage ne sont communes en biens, soit meubles, soit immeubles; ains les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari. » (Art. 389 de la cout.)

fendait de la stipuler (1). Néanmoins, la coutume accordait à la femme un droit qui avait quelque rapport avec celui de la communauté, en ce sens que la femme pouvait prendre, après la mort, la moitié *des conquêts faits* en bourgage, constant le mariage, et le tiers en usufruit *des conquêts faits* hors bourgage (art. 329). En outre, la coutume accordait à la femme, après la mort du mari, le tiers des meubles, s'il y avait des enfants; ou la moitié, s'il n'y en avait pas, en contribuant aux dettes pour sa part, hormis les funérailles et legs testamentaires (art. 392). Mais ces avantages, bien qu'ils eussent pour cause, en réalité, la collaboration de la femme, lui étaient faits moins à titre de communauté qu'à titre de succession (2).

Ainsi il y avait, entre les diverses coutumes, une dissidence marquée sur un point essentiel, l'établissement même de la communauté. Seules, les coutumes de Paris et d'Orléans, celles, il est vrai, qui étendaient leur empire sur la plus grande portion des pays coutumiers, rattachaient la communauté au mariage comme un effet immédiat ou nécessaire. Dans toutes les autres, dans celles du moins qui n'étaient pas exclusives de la communauté, la société de biens entre époux se rattachait au mariage sans doute, et en dérivait, en ce sens qu'elle n'aurait pas pu se former sans lui; mais le mariage ne la produisait pas par lui-même, puisqu'il fallait, en outre, soit une stipulation expresse, soit une cohabitation continuée pendant un espace de temps déterminé.

(1) C'est, dit Pothier, *loc. cit.*, ce qui résulte de l'art. 330, où il est écrit : « Quelque accord ou convenance qui ait été fait par le contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux acquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la coutume à laquelle les contractants ne peuvent déroger. » L'interprétation de Pothier est aussi celle qui a prévalu dans le dernier état de la jurisprudence. On lit, il est vrai, dans un arrêt de rejet du 13 juin 1833 (Tessier c. Serrès), « que la coutume de Normandie était simplement négative et non prohibitive de la communauté. » Mais deux arrêts plus récents ont reconnu que cette coutume était *exclusive* de la communauté, et en conséquence, que, sous son empire, les époux n'avaient pu stipuler ce régime ni l'aliénabilité des immeubles de la femme. *Civ. cass.*, 4 décembre 1844 (Barbay), et 31 décembre 1845 (Beaunay). D'ailleurs, nous ne parlons ici que de la communauté légale dans le sens du Code civil. Nous verrons, que la stipulation d'une communauté d'acquêts, au contraire, n'était pas incompatible avec les principes de la coutume normande. V. t. II, n° 11.

(2) V. Pothier, *loc. cit.*, et les arrêts indiqués à la note précédente. — V. cependant un arrêt de rejet du 11 juillet 1838 (Lherbette et autres c. Martainville).

286. Ce n'est pas tout; cette dissidence, déjà fort embarrassante lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur les difficultés que faisaient naître le domicile et la situation des biens (1), se compliquait encore par les variations locales, relativement à l'étendue des droits résultant de la communauté en faveur des époux. Presque partout les coutumes offraient des règles générales différentes et mêmes contradictoires; l'étendue et les effets de la communauté variaient suivant les localités; les trois cents coutumes qui étaient établies sur le territoire présentaient, sous ce rapport, les contradictions les plus capricieuses. — Ajoutons que partout la loi était insuffisante. M. Duveyrier, dans son rapport au tribunat, en faisait la très-juste remarque : « La plupart de nos coutumes, disait-il, comme celles d'Anjou, de Poitou, de Bourbonnais, n'avaient sur la communauté que trois ou quatre, huit ou dix, quinze ou seize articles confondus sous les titres communs aux conventions de mariage, aux droits des époux, aux sociétés ordinaires. — Les deux coutumes qui se disputaient, en cette matière, les honneurs de l'oracle, celles de Paris et d'Orléans, n'avaient que vingt-sept articles chacune... Sur tout le reste, il fallait chercher la lumière et la règle, ou plutôt des moyens de disputer, dans les recueils de jurisprudence et dans les commentaires, dont le nombre égalait encore le volume. Et si, dans la foule des commentateurs, deux surtout, Pothier et Lebrun, méritaient plus de confiance, leur autorité presque égale ne servait qu'à rendre insolubles les questions sur lesquelles elle se balançait en opposition... (2) »

287. Le Code civil a mis un terme à toutes les dissidences. En fondant l'unité législative, ce Code a réuni en un seul tout les parties divisées et si nombreuses de la communauté coutumière. Toutes les anciennes coutumes ont disparu et se sont confondues dans une loi générale, uniforme. Le législateur moderne, s'attachant à formuler partout, d'une manière nette et précise, la règle et ses applications, a tari, autant qu'il était en lui, cette

(1) « Jamais le parlement de Paris et celui de Normandie, a dit M. Duveyrier, dans son rapport au tribunat, n'ont pu s'accorder sur les contrats de mariage stipulés par un Parisien à Rouen, ou par un Normand à Paris. » (V. M. Locré, t. XIII, p. 321). On trouve dans Pothier, *De la communauté*, nos 11 et suiv., l'exposé des difficultés qui sont nées, à cet égard, sous l'ancienne jurisprudence, et qui se sont reproduites, même depuis le Code civil, ce code ayant exercé son empire seulement sur les contrats de mariage passés après que la promulgation en a été faite.

(2) V. M. Locré, t. XIII, p. 377-378.

source de procès qu'alimentaient sans cesse l'incohérence et l'obscurité de l'ancienne législation.

Mais il convient d'ajouter que, dissipés désormais par l'effet de la prohibition générale que renferme l'art. 1390 du Code civil (1), l'incertitude et le doute résultant de l'insuffisance ou de la variété des anciens principes, ont pu, cependant, et pourront encore se reproduire à l'occasion des contrats de mariage dont la date remonte au temps où ces principes n'avaient pas cessé d'être en vigueur. C'est une conséquence nécessaire de cette règle fondamentale et éminemment protectrice, que la loi n'a pas d'effet rétroactif (C. civ., art. 2) (2). Toutefois, chaque jour vient resserrer, dans de plus étroites limites, l'empire du passé; et si la puissance s'en fait encore sentir, si elle domine parfois dans la pratique nouvelle, même après que plus de quarante années ont consacré les principes du Code (3), du moins on doit reconnaître que, complétement disparue bientôt du domaine du fait, ses traditions n'auront plus, sur le terrain juridique, qu'une autorité purement doctrinale.

288. La communauté est légale ou conventionnelle. Sous ce rapport, le Code civil a reproduit une distinction qui était faite sous le droit coutumier, du moins dans les coutumes qui, comme celles des deux premières catégories ci-dessus rappelées (v. n° 285), admettaient une communauté entre époux, sans que les parties s'en fussent expliquées. Mais la distinction du Code diffère, dans les termes, de celle qui s'était établie sous les coutumes.

(1) V. *suprà*, n^os^ 74 et suiv.

(2) Il a été fait des applications fréquentes, dans notre matière, de ce principe qui a soulevé les difficultés les plus ardues et qui a reçu récemment de la part de MM. Marcadé, t. I, p. 29 et suiv. 2^e^ édit., Demolombe, t. I, n^os^ 37 et suiv., et Duvergier, sur Toullier, t. I, son plus complet développement. Nous n'avons pas à revenir sur ces applications dont nous nous sommes déjà occupés. V. n^os^ 163 et suiv. Ajoutons seulement que l'autorité du principe s'étend même aux droits qui se rattacheraient à des faits passés sous l'empire du Code civil. Il a été décidé, en ce sens, que la femme qui n'aurait pas le droit, d'après le statut matrimonial qui régit son contrat de mariage, d'exercer le retrait d'indivision autorisé aujourd'hui par l'art. 1408 du Code civil, ne pourrait pas revendiquer l'exercice de ce droit quand même l'acquisition faite par le mari aurait eu lieu depuis la publication du Code civil. *Civ. rej.*, 22 mars 1841 (de Montfleury c. Réméon). Nous reviendrons, d'ailleurs, sur la question résolue, au fond, par cet arrêt, en traitant de l'actif de la communauté. V. encore, *Req. rej.*, 11 janvier 1831 (Lafitte c. Joly).

(3) Le titre cinquième, liv. III du Code civil (du contrat de mariage, etc.), a été décrété le 10 février 1804 et promulgué le 20 du même mois.

La communauté *conventionnelle* était celle qui avait lieu entre des conjoints par mariage, en vertu d'une convention expresse, intervenue entre eux avant leur mariage, et par laquelle ils étaient convenus qu'il y aurait entre eux communauté de biens. La communauté *légale*, qu'on nommait aussi communauté *coutumière*, était celle qui avait lieu suivant la loi du domicile qu'avaient les époux lors de leur mariage, quand ils ne s'en étaient pas expliqués, et qui était composée, tant en actif qu'en passif, des choses dont cette loi déclarait qu'elle devait être composée (1). Ainsi établie, la distinction, on le voit aisément, n'avait pas d'utilité réelle, puisque le résultat était le même dans les deux branches dont elle se composait. En outre, et au fond, la distinction était inexacte. Pothier lui-même en fournit une preuve décisive, lorsqu'après avoir reproduit la distinction qu'il adopte d'ailleurs, il ajoute, à propos de la communauté *légale* : « Que ce n'est pas, néanmoins, comme l'observe Dumoulin, la loi qui en est la cause immédiate; elle n'est pas formée, dit cet auteur, *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. La cause immédiate qui produit et établit cette communauté est une convention qui n'est pas, à la vérité, expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite, par laquelle les parties, en se mariant, quand elles ne se sont pas expliquées sur leurs conventions matrimoniales, sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu par la coutume du lieu de leur domicile, suivant ce principe de droit : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* (2). » Or, si la communauté *légale* avait pour fondement la convention tacite des parties, il est clair qu'entre cette communauté et la communauté conventionnelle, telle qu'elle est définie plus haut, il n'y avait réellement pas de différence (3).

289. C'est aussi ce qu'ont parfaitement compris les rédacteurs du Code civil. Confondant dans une seule et même disposition les deux cas que l'on avait mal à propos distingués dans l'ancienne jurisprudence, ils ont donné à la communauté qui s'établit dans l'un et dans l'autre la qualification de communauté légale. Cette

(1) Pothier, *Principes préliminaires sur la communauté*, nos 8, 9 et 10.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) De là vient que la dénomination de communauté légale appliquée dans le sens que nous avons indiqué, a été critiquée quelquefois par les anciens jurisconsultes. « Son véritable nom, disent les auteurs du *Nouveau Denizart*, serait *communauté conventionnelle tacite* » (v° *Communauté de biens*, § 1, n° 5).

communauté est donc, aujourd'hui, celle qui s'établit, soit par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté (ce que l'on appelait autrefois communauté conventionnelle), soit par l'absence, dans le contrat de mariage, de toute stipulation de régime, soit par l'absence absolue de contrat (C. civ., art. 1400). Quant à la communauté conventionnelle, elle n'est rien autre chose que la communauté légale maintenue comme principe du régime adopté par les parties, mais modifiée dans l'application par des règles particulières dont les contractants conviennent entre eux, et qui dérogent, plus ou moins, aux règles tracées par la loi pour la communauté légale. On voit, d'après cela, que la différence entre les deux espèces de communauté est, aujourd'hui, plus réelle qu'elle ne l'était dans les doctrines de l'ancienne jurisprudence. Et, toutefois, on pourrait encore dire, comme autrefois, qu'il n'y a pas de communauté légale, en ce sens que la communauté n'est jamais imposée par la loi, et que dans le cas même où les parties ne stipulent aucun régime dans leur contrat de mariage, ou ne font pas de contrat, elles sont censées avoir tacitement choisi le régime organisé d'une manière impartiale par la loi, pensant avec Montaigne : « Que vault mieux la laisser faillir en son eslection que de se hazarder de faillir témérairement en la leur (1). » La communauté a donc toujours pour cause immédiate la volonté des parties. Et cette observation n'est pas sans importance ; considérée comme l'œuvre des parties, la communauté, dans l'ensemble des règles dont elle est composée, constitue un statut personnel qui régit tous les biens, quelle qu'en soit la situation ; au contraire, imposée par la loi, elle eût constitué un statut réel applicable seulement aux biens situés en France (2).

290. Du principe que la communauté conventionnelle n'est autre chose qu'une communauté légale modifiée par la convention des parties, il résulte que la communauté peut être à la fois légale et conventionnelle. C'est même ce qui arrive le plus fréquemment. Ainsi les parties n'ont-elles prévu que quelques dispositions particulières, en stipulant une société de biens entre eux, la communauté est mixte par cela même ; conventionnelle relativement aux clauses particulières qui ont été stipulées, elle est légale pour le surplus. La loi elle-même s'en explique formel-

(1) V. *suprà*, n° 32.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 11. V. aussi MM. Duranton, t. XIV, n° 83, et Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, p. 8.

lement dans l'art. 1528 du Code civil, dont la disposition est ainsi conçue : « La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat. »

291. Légale ou conventionnelle, la communauté commence avec le mariage lui-même. Sans doute, il ne serait pas interdit aux époux d'établir entre eux une société de biens, en attendant la célébration du mariage ; mais ils ne pourraient stipuler qu'une société ordinaire : quant à la communauté proprement dite, soumise qu'elle est à des règles tout exceptionnelles que la faveur seule du mariage peut justifier, on conçoit qu'elle ne saurait jamais précéder le mariage. Elle ne saurait non plus s'établir, le mariage une fois célébré. L'une et l'autre prohibition sont consacrées par l'art. 1399 du Code civil aux termes duquel : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage devant l'officier de l'état civil : on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque (1). » En cela le Code civil a posé nettement et fait prévaloir des principes que la diversité des coutumes entoura, autrefois, de doutes et de controverses.

292. Dans l'ancien droit et avant la réformation de la coutume de Paris, Laurière en fait la remarque (2), la communauté ne commençait qu'au coucher (3). Cet usage était fondé sur l'opinion que le mariage ne recevait sa perfection que par la consommation, et c'est sur le fondement de cette fausse doctrine qu'Anne, duchesse de Bretagne, après s'être mariée par procureur, à Maximilien d'Autriche, put se marier, *du vivant de ce* dernier, à Charles VIII, roi de France, sans que l'on ait jamais songé à contester la validité de ce second mariage (4). Cependant on fit prévaloir, lors de la réformation de la coutume

(1) Nous avons présenté, *suprà*, ch. 1er, nos 81 et suiv., le commentaire de cet article et indiqué l'influence qu'il doit avoir sur les stipulations d'un terme ou d'une condition dans les conventions de communauté. Nous nous bornons donc ici à renvoyer le lecteur aux explications que nous avons données sur ce point.

(2) Note sur l'art. 220 de la coutume de Paris.

(3) Quelques coutumes conservèrent la trace de cet ancien principe. La coutume de Nivernais, entre autres, dispose par l'art. 2 du tit. XXIII : « Homme et femme conjoints par mariage sont communs, sans autre convenance, *incontinent après la consommation du mariage.* »

(4) V. le *Nouveau Denizart*, v° *Communauté de biens*, § 3, n° 1.

de Paris, un droit différent et plus en harmonie avec l'essence du mariage, dont le lien réside moins dans la consommation que dans le consentement : *nuptias consensus facit, non verò concubitus.* Or, le consentement étant donné en face de l'église et devant le prêtre qui y ajoutait la bénédiction nuptiale, il en résultait que c'est à ce moment solennel où était consacrée l'union des personnes que devait se former la communauté, conséquence directe de cette union même : c'est ce que la nouvelle coutume de Paris exprima en disant, dans l'art. 220 : « et commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. » On retrouve le même principe dans l'art. 1399 du Code civil, sauf la modification que la sécularisation du mariage devait nécessairement faire introduire.

Mais comment ce nouveau principe devait-il recevoir son application sous l'empire de coutumes dont les dispositions étaient si diverses? Y avait-il lieu de l'admettre dans celles où la communauté devait être stipulée, ou, pour nous servir des distinctions anciennes, dans celles qui n'admettaient que la communauté conventionnelle? Et quant à celles qui admettaient une *communauté légale*, le principe s'appliquait-il de la même manière, soit que cette communauté fût admise indistinctement, quelque peu de temps que le mariage eût duré, soit qu'elle fût admise seulement lorsque le mariage avait duré un an et jour? La controverse s'était établie sur ces points. Cependant l'opinion avait fini par se fixer dans le sens que le Code civil a fait prévaloir. Ainsi, quant à la communauté conventionnelle, on avait généralement admis, enfin, qu'elle commençait du jour de la bénédiction nuptiale et non du jour du contrat de mariage par lequel elle était stipulée, attendu, disait Pothier, que la communauté entre conjoints par mariage étant différente des sociétés qui se contractent entre d'autres personnes, et ayant des caractères qui lui sont propres, elle ne peut avoir lieu que lorsque les parties ont acquis par la célébration du mariage cette qualité de *conjoints par mariage*. Et, quant à la communauté légale, on lui donnait le même point de départ dans toutes les coutumes du royaume, non-seulement dans celles où la communauté était admise de plein droit, mais encore dans celles qui ne l'admettaient que lorsque le mariage avait duré un an et jour, « car dans celles-ci, disait encore Pothier, la cohabitation que les conjoints mariage ont eue par an et jour, fait présumer qu'elles ont eu la volonté de contracter une communauté aussitôt qu'elles ont contracté mariage. C'est pourquoi Dumoulin, en sa note sur l'a...

ticle 588 de la coutume du Maine, dit : *trahitur retrò ad diem nuptiarum* (1). »

293. Des opinions aussi tranchées auraient dû peut-être tenir en garde quelques auteurs modernes qui ont prêté à Dumoulin comme à Pothier, cette thèse absolue que la communauté, proprement dite, ne s'ouvre réellement qu'au moment où finit la société conjugale, et qui, sur l'autorité de ces deux grands noms, ont tenté d'établir l'exactitude de cette théorie, même sous l'empire des règles consacrées par le Code civil. Dans ce système, il n'existerait pour la femme, pendant le mariage, ni communauté, ni copropriété actuelle ; le mari seul posséderait et serait propriétaire de tout ce qui composera la communauté lorsque le mariage viendra à se dissoudre. Jusque-là, la femme n'aurait qu'une expectative, et sous ce rapport, sa position participerait de celle de l'acquéreur sous une condition suspensive. Telle est la théorie longuement développée par M. Toullier, le premier des auteurs qui l'ait formulée sous le Code civil (2), et elle a été récemment adoptée par MM. Championnière et Rigaud (3), qui signalent le précédent auteur comme celui des jurisconsultes qui a le mieux fait connaître la véritable position des époux pendant la durée du lien civil.

294. Nous ne saurions, pour notre part, admettre une telle doctrine, qui, plaçant le commencement de la communauté là où une disposition expresse de la loi en met le terme et la dissolution, frappe, dès l'abord, il en faut convenir, par sa singularité même. Inexacte sous tous les rapports, dans son point de départ comme dans sa base, cette doctrine tend à renverser de fond en comble tout le système du législateur, et attaque dans son essence même le principe de la communauté. Il importe donc d'en apprécier les divers éléments, d'autant plus que, toute condamnée qu'elle est par la généralité des auteurs (4), elle est encore présentée par des jurisconsultes éminents comme ayant en sa faveur une grande apparence de raison (5).

(1) V. Pothier, *De la communauté*, nos 22 et 23, et le *Nouveau Denizart*, vo *Communauté de biens*, § 3, nos 1 et suiv.

(2) T. XII, nos 74 à 82.

(3) *Traité des droits d'enregistrement*, t. IV, no 2835.

(4) V. MM. Duranton, t. XIV, no 96 ; Battur, *De la communauté*, t. I, no 64 ; Valloz, *Rép.*, vo *Mariage (contrat de)* ; Glandaz, *Encycl. du droit*, vo *Communauté conjugale*, no 12 ; Zachariæ, t. III, p. 408.

(5) Nous avons entendu des jurisconsultes dont les opinions nous ont tou-

Et d'abord, il faut bien le reconnaître, Dumoulin a soutenu que le mari seul, pendant le mariage, était propriétaire des biens meubles et des acquêts : *constante matrimonio, solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem.* Nous reconnaissons également qu'en se fondant sur ce pouvoir si absolu du mari, ce grand jurisconsulte a conclu que jusqu'au moment où finit la société conjugale, la femme n'était pas commune, mais avait seulement l'espérance de le devenir : *non est propriè socia, sed speratur fore* (1). Enfin, il est certain que cette doctrine a été pleinement adoptée par Pothier (2). Mais, Dumoulin comme Pothier ont également émis l'opinion que nous avons rappelée aux numéros précédents, à savoir : que la communauté a son point de départ dans le mariage constaté par la bénédiction nuptiale ; et même que dans les coutumes qui n'admettaient la communauté que lorsque le mariage avait duré un an et jour, le point de départ de cette communauté se plaçait encore, par un effet rétroactif, au jour du mariage : *trahitur retrò ad diem nuptiarum.* Voilà donc deux assertions bien tranchées qui doivent avoir chacune leur signification propre et distincte ; car de croire que *Dumoulin et Pothier, ces maîtres dans la* science, si rigoureux ordinairement dans leurs appréciations, se sont laissés aller à la plus choquante des contradictions, qu'après avoir mis en avant la doctrine que la communauté prend son point de départ dans le mariage, ils en sont venus, par un oubli inconcevable, à dire ensuite, d'une manière absolue, que la communauté ne commence que lorsque le mariage est dissous, nul assurément n'en aura la pensée. Quelle est donc la signification de ces deux assertions en apparence contradictoires? C'est ce qu'il faut rechercher. Il en résultera que la première, la seule que l'on ait rappelée dans le système que nous combattons, s'y trouve réellement détournée de l'ordre d'idées dans lequel s'étaient placés Dumoulin et Pothier en l'émettant.

La communauté, surtout dans les anciens principes qui attribuaient au mari un pouvoir tellement absolu que celui-ci était « seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage, de lui et de sa femme, en telle ma-

jours paru devoir être prises en très-grande considération, donner leur assentiment à la doctrine de M. Toullier et s'en porter les défenseurs.

(1) *Commentarii in consuet. Parisienses*, § 37, n° 2, novæ cons., et § 109, n° 3, veteris cons.

(2) *De la communauté*, n° 3.

nière qu'il les pouvait vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs à son plaisir et volonté, sans le consentement de sadite femme, à personne capable et sans fraude (1), » la communauté, disons-nous, devait être envisagée sous un double aspect : dans ses rapports avec les époux et dans les rapports de ceux-ci avec les tiers. En se plaçant à ce dernier point de vue, il est certain que, par exception aux principes reçus en matière de société, principes qui ne permettaient pas que l'un des associés pût disposer solidairement et pour le tout des biens de la société (2), l'un des conjoints, la femme, n'avait aucun droit, ne pouvait disposer seule et d'elle-même d'aucun bien de la communauté ; tandis que l'autre, le mari, avait un pouvoir absolu et la faculté de disposer à son plaisir et volonté, tellement que les tiers qui avaient traité avec lui, et avec lui seul, étaient désormais assurés, pourvu que le mari eût agi sans fraude (3). Mais s'ensuivait-il que, considérée dans ses rapports avec les époux, la communauté n'existât pas réellement entre eux pendant le mariage? En aucune manière ; et ce qui le prouve, c'est que si les tiers qui avaient contracté avec le mari avaient par-devers eux un droit certain et incontestable, c'est précisément parce que le mari, agissant en sa qualité de chef de la communauté, était censé contracter tant pour lui que pour sa femme; que celle-ci, quoique non présente ni nommée au contrat, était censée contracter avec le mari pour la part qu'elle avait dans la communauté et qu'elle était liée en sa qualité de commune, si bien qu'elle ne pouvait se décharger de toutes les obligations qui résultaient du contrat, même vis-à-vis de celui avec qui son mari avait contracté, qu'en renonçant à la communauté (4). Aussi voit-on tous les auteurs anciens reconnaître et proclamer l'existence de la communauté entre les époux

(1) Cout. de Paris, art. 225.

(2) Nemo ex sociis plus parte suâ potest alienare et si totorum bonorum socii sint (l. LXVIII, princ. ff. *pro socio*. V. aussi la l. III, au C. *De communium rerum alienatione*).

(3) « C'est-à-dire, dit Ferrière, d'après Dumoulin, sans s'enrichir ou ses hoirs en diminution de la communauté. » (V. *Compil. de tous les comm. sur la cout. de Paris*, remarques sur l'art. 225, t. III, p. 207.)

(4) Pothier, *De la communauté*, n° 498. — « Si le mari est seigneur des meubles et des conquêts immeubles, dit aussi Laurière, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de sa moitié seulement; et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration en qualité de chef de la communauté... » (*Cout. de Paris*, comm. sur le tit. X, art. 225.)

durant le mariage, tout en admettant les pouvoirs absolus accordés au mari dans ses rapports avec les tiers. Nous citerons notamment Ferrière, qui, après avoir dit dans son commentaire sur l'art. 225 « que pendant le mariage la femme n'a aucun droit dans les biens de la communauté qu'après la dissolution d'icelle, par l'acceptation qu'elle en fait ; mais que tant qu'elle dure, elle n'a qu'un droit virtuel, habituel et potestatif, et le mari, par le travail et l'industrie duquel les biens sont acquis, en est le maître comme si la femme n'était pas commune avec lui (1), » n'en déclare pas moins expressément, lorsqu'il envisage la communauté dans ses rapports avec les époux, « qu'il n'est pas vray de dire que le droit de communauté ne soit acquis que par le décès du mary à la femme, ou par la mort de la femme à ses héritiers ; *il est acquis par le contrat de mariage ou par la disposition de la coutume dès la célébration d'iceluy ;* ce droit n'est que virtuel et habituel, et non actuel pendant le mariage, mais il ne peut luy être ôté, elle ne peut pas même y renoncer avant la mort de son mary (2). »

C'est aussi sous l'inspiration de cette double pensée que doivent être entendues l'opinion de Dumoulin et celle de Pothier ; et l'on comprend maintenant comment et dans quel sens ils ont pu dire, d'une part, que jusqu'à la mort du mari « la femme n'a qu'un droit informe qui se réduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront composer la communauté lors de sa dissolution ; » et d'une autre part, avec le texte de la coutume, que la communauté entre les époux commence du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. Evidemment la première assertion, qui, d'ailleurs, n'est pas aussi explicite qu'on l'a prétendu (3),

(1) *Compil. de tous les comm. sur la cout. de Paris*, art. 225, glose 1re, n° 1, t. III, p. 209.

(2) *Ibid. Observations préliminaires sur le tit.* 10 *de la cout.*, n° 32, t. III, p. 10.

(3) Voici, en effet, dans quels termes s'exprime Pothier : « Cette communauté entre conjoints par mariage est exorbitante des sociétés ordinaires. Dans celle-ci, chaque associé a un droit égal : au contraire, dans la communauté entre conjoints, la puissance que le mari a sur la personne et les biens de sa femme, le rend chef de cette communauté, et lui donne, en cette qualité, le droit de disposer à son gré, à tel titre que bon lui semble, même de donation entre vifs, de toutes les choses qui la composent, tant pour la part de sa femme que pour la sienne, sans le consentement de sa femme, laquelle, de son côté, n'a droit de disposer de rien. C'est pour cette raison que le mari, pendant que la communauté dure, est réputé en quelque façon comme le seul seigneur et maître absolu des biens dont elle est composée, et que le droit qu'y a sa femme

donne la mesure des droits qui sont attribués au mari dans ses rapports avec les tiers (1), et correspond à l'art. 225 de la coutume de Paris; la seconde détermine la situation des époux dans la société conjugale, et correspond à l'art. 220 de cette même coutume : l'une et l'autre sont parfaitement exactes dans leur sphère ; elles se combinent fort bien entre elles, et ne permettent pas de douter que, même sous l'empire du droit coutumier, il y eût, à partir du mariage, une société entre les époux, société établie avec des droits très-inégaux sans doute, mais nullement exclusive de tout droit appartenant actuellement à celui des associés dont les droits et la puissance, vis-à-vis des tiers, étaient absolument négatifs.

295. A plus forte raison en doit-il être ainsi sous l'empire du Code civil. Car, si le législateur nouveau a posé en principe que le mari, seul administrateur des biens de la communauté, aurait même la faculté de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer, sans le concours de la femme (1421), il n'en a pas moins refusé au mari la qualification de *maître* et de *seigneur;* il l'a appelé *administrateur*, consacrant ainsi, par une dénomination nouvelle, les modifications que l'on retrouve dans le fond même des choses. Le Code civil assigne, en effet, au pouvoir du mari des limites qui ne permettent pas de le confondre avec ce pouvoir en quelque sorte absolu que les coutumes avaient établi. L'art. 1422 notamment restreint, dans les mains du mari, ce droit illimité de disposer *à son plaisir et volonté* qu'il avait autrefois, en lui enlevant la faculté de donner entre vifs à titre gratuit les immeubles de la communauté, et l'universalité ou une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, et en ne lui permettant la disposition gratuite à titre particulier des effets mobiliers, que sous la condition de ne s'en pas réserver l'usufruit. D'un autre côté, le mari ne peut pas obliger la communauté d'une manière définitive par toute espèce d'actes (1424). De telles limitations, qui n'existaient pas, en général du moins, sous

n'est regardé, pendant que la communauté dure, que comme un droit informe, qui se réduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution. C'est ce qui fait dire à Dumoulin, que cette communauté était plutôt *in habitu quam in actu*, et que la femme, durant le mariage, *non est propriè socio, sed speratus fore.* »

(1) Cette observation n'a pas échappé à M. Zachariæ, qui, en réfutant la doctrine de Toullier, dit aussi : « Dumoulin et Pothier, qui paraissent, d'ailleurs, avoir eu principalement en vue les rapports des époux envers les tiers, sont loin de s'exprimer, sur la question, d'une manière aussi explicite que le fait M. Toullier. » (T. III, p. 408, note 2.)

la loi coutumière, ont singulièrement modifié les droits du mari ; dans tous les cas, elles excluent cette qualité de *seigneur* et *maître* qui aurait pu donner le change, et prouvent jusqu'à la dernière évidence que le mari n'est pas seul propriétaire, durant le mariage, des biens de la communauté ; que s'il conserve encore des pouvoirs fort étendus, ces pouvoirs, que rien, d'ailleurs, n'empêcherait de conférer à l'un des associés, dans une société ordinaire, ne font pas que la femme soit privée, pas plus que ne le seraient les autres associés, dans une société ordinaire, de son droit de commune dans la propriété et dans la jouissance des biens de la communauté.

Mais, dit M. Toullier, ces droits peuvent être complétement anéantis par le seul effet de la volonté du mari, par exemple, s'il dissipe les biens de la communauté (1). Cela même n'exclut en aucune manière ni l'existence de la communauté pendant le mariage, ni, par conséquent, la co-propriété de la femme ; car il n'en résulte pas que le sort de celle-ci et sa fortune soient inévitablement et indéfiniment liés à la mauvaise administration du *mari*. Sans doute des abus peuvent se glisser dans cette administration ; cela s'explique par l'étendue même des pouvoirs qu'elle comporte. Mais ces abus, le législateur a-t-il entendu les sanctionner? Et par exemple, a-t-il imposé à la femme la nécessité de rester, dans tous les cas, témoin impassible d'une administration imprévoyante ou coupable? Non ; il a permis, au contraire, de recourir à la séparation judiciaire, lorsque par ses dilapidations, ses prodigalités ou par son incurie, le mari a mis la dot en péril (art. 1443). Or, ce secours même que la loi, dans sa sollicitude, a offert à l'épouse, vient encore condamner la doctrine de M. Toullier. Car, quel est l'effet de la séparation judiciaire? Précisément de dissoudre cette communauté (art. 1441) qui, d'après M. Toullier, ne serait cependant pas formée durant le mariage ; et de permettre à la femme d'exercer, sur cette communauté, des droits (art. 1443 et suiv.) qui, cependant, suivant M. Toullier encore, seraient précaires pendant le mariage, ou tout à fait à la discrétion du mari !

Disons-le donc : inadmissible déjà sous la législation coutumière, la théorie de M. Toullier, à laquelle, d'ailleurs, cet auteur ne s'est pas toujours montré conséquent (2), est devenue plus inadmissible

(1) V. t. XII, n° 77.

(2) On a vu, en effet, au n° 60, que M. Toullier, d'accord sur ce point avec la majorité des auteurs, dont au surplus nous n'adoptons pas le sentiment,

encore depuis la publication du Code civil. Tout, dans la loi, amène à conclure qu'en se mariant sous le régime de la communauté, les époux forment entre eux une société qui s'établit à l'instant même où le mariage est contracté. A partir de ce moment, en effet, ils mettent en commun une partie notable de leurs biens personnels et la jouissance de tous ceux dont la propriété ne tombe pas dans l'actif social ; à partir de ce moment, associés l'un et l'autre à la bonne comme à la mauvaise fortune, ils participent ensemble au bénéfice des chances favorables et supportent en commun les pertes et les chances contraires. Où donc trouve-t-on plus que dans cette combinaison les éléments d'une société véritable ?...

A la vérité, la loi accorde à l'un des associés, à la femme, des avantages notables ; elle lui permet notamment de s'affranchir de toute contribution aux dettes communes en renonçant à la communauté. Mais c'est là une faveur toute spéciale, ou plutôt, c'est une conséquence naturelle et tout à fait équitable de la position qui est faite à la femme durant le mariage. Etrangère à l'administration, qui lui est absolument refusée, la femme est, sous ce rapport, un associé dont la personnalité s'efface et disparaît en-

enseigne que, nonobstant l'art. 1388, d'après lequel il n'est pas permis de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef, l'on peut valablement convenir, dans le contrat de mariage, que le mari n'aura pas la faculté d'aliéner les acquêts de communauté sans le consentement de sa femme. Or, c'est là virtuellement reconnaître, ce nous semble, les droits de la femme et sa co-propriété durant le mariage. Comment, en effet, la femme pourrait-elle, dans la pensée de M. Toullier, se réserver la possibilité d'empêcher l'aliénation des acquêts en refusant d'y consentir, si elle n'y avait pas un droit actuel, si elle n'en était pas, même pendant le mariage, propriétaire pour sa part?... Ce n'est donc pas être conséquent que de soutenir, d'une part, que le mari seul est propriétaire des biens de la communauté durant le mariage, et d'une autre part, que l'on peut cependant paralyser l'action du mari en stipulant qu'il n'aura pas la faculté d'aliéner les acquêts sans le consentement de sa femme. D'ailleurs, il est à peine nécessaire de faire remarquer qu'en soutenant, comme nous le faisons, la thèse inverse sur l'une et sur l'autre proposition, on ne s'expose pas au même reproche d'inconséquence. Car, si nous ne croyons pas que la femme puisse se réserver, dans son contrat de mariage, la faculté de donner son consentement à l'aliénation des acquêts, ce n'est pas que nous entendions contester sa co-propriété ; c'est uniquement parce que le mari a, sur les biens de la communauté, un droit d'administration qui va, par exception, jusqu'à lui en permettre l'aliénation sans le concours de sa femme (art. 1421), et que, d'après la disposition sainement entendue de l'art. 1388, les droits du mari sur les biens de la communauté ne peuvent souffrir aucune atteinte des conventions matrimoniales. Au surplus, V. *suprà*, n° 61.

tièrement dans celle du mari. Comment donc aurait-elle pu être condamnée à subir les conséquences, quelque fâcheuses qu'elles fussent, d'une gestion qu'il ne dépendait pas d'elle de faire bonne ou mauvaise? La loi, cela est manifeste, ne pouvait manquer de lui donner un moyen de limiter ses pertes; c'est ce qu'elle a fait en consacrant la faculté de renoncer. Mais l'exercice de cette faculté fait-il que la femme n'ait pas été commune durant le mariage? Loin de là! il établit de plus fort l'existence de la société et le droit de co-propriété qui appartenait à cette dernière. Car, remarquons-le bien, la femme n'est pas affranchie d'une manière absolue, par l'effet de la renonciation, des pertes qu'a pu causer la mauvaise administration du mari. Assimilée, en ce qui concerne l'administration, à un associé commanditaire auquel toute immixtion est également interdite, elle demeure liée, même en renonçant, à la société conjugale par des *obligations* qui sont assez semblables encore à celles de l'associé commanditaire, lequel est, comme on sait, tenu jusqu'à concurrence de son apport dans la société. C'est ce qu'exprime l'article 1492 lorsqu'il dit que « la femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef... » Or, cela est décisif, ce nous semble. Il en résulte que l'épouse a été réellement commune durant le mariage, et que la propriété du mari n'a pas été exclusive de tout droit appartenant actuellement à son associée; car comment *perdrait-elle*, par l'effet de sa renonciation, toute espèce de droit sur les biens de la communauté, si elle n'en a possédé aucun? Et comment pourrait-elle participer dans une mesure quelconque aux pertes de la société, si elle n'a jamais été associée? Ainsi, envisagée dans ses conséquences, la renonciation accomplie se présente à l'esprit comme la réalisation d'une condition résolutoire établie au profit du mari. La femme, durant le mariage, est co-propriétaire et associée, non pas sous une condition suspensive, comme on le dit dans le système que nous combattons, mais sous une condition résolutoire, la renonciation; et conséquemment son droit de co-propriété, sa qualité de commune sont, non pas suspendus, mais certains et acquis immédiatement. Elle est, en un mot, co-propriétaire et associée, sauf la faculté de cesser de l'être en renonçant.

296. Cependant la société conjugale diffère essentiellement des sociétés ordinaires. Notamment, elle ne suppose pas, comme les sociétés commerciales, l'existence d'un être moral qui se place entre les associés, possède les choses communes, et ait un droit

de propriété distinct de celui des époux. Cet être moral, dans les sociétés commerciales, est la fiction légale du contrat; c'est cet être moral qui contracte, qui agit, qui possède pendant toute la durée de l'association; c'est envers lui que l'associé s'oblige, lorsqu'il promet son apport; c'est lui qui acquiert ce dont l'associé se dépouille, car, dit très-bien la cour suprême, « les biens sont mis en commun pour former un ensemble composant le fonds de l'établissement social et pour appartenir à la société par eux qualifiée comme un être moral et distinct des associés qui en font partie (1). » Il en est tout autrement de la société conjugale. Ici, comme en général dans les sociétés civiles et les associations en participation, le mot société désigne seulement la collection des intérêts communs, et nullement un être moral distinct de la personne des associés.

Nous conviendrons toutefois que cette doctrine n'est pas admise par l'unanimité des auteurs. « Pour se former, a dit M. le Guével (2), une juste idée de la communauté, il faut la considérer comme un être moral, comme une tierce personne placée entre les deux époux. C'est cet être moral qui a l'usufruit de leurs biens personnels, et auquel appartiennent tous les fruits et revenus des biens qui sont l'objet de l'usufruit; mais comme cet être moral ne peut agir et administrer ses biens par lui-même, la loi lui nomme un administrateur, c'est le mari. » MM. Proudhon (3) et Duranton (4) se prononcent aussi en ce sens.

Nous ne saurions, pour notre part, nous ranger à cet avis. Comment, en effet, reconnaître dans la communauté un être moral, dès qu'elle peut être dissoute, et que la dissolution une fois prononcée, cette tierce personne prétendue s'évanouit de la manière la plus complète, si bien que les créanciers n'ont plus d'action que contre les époux eux-mêmes? Et d'un autre côté, comment l'idée d'usufruit attribué à la communauté considérée comme être moral, pourrait-elle se concilier avec la dis-

(1) *Req. rej.*, 14 août 1833 (Enreg. c. de Bruyn). Ce que nous disons ici n'est vrai toutefois que des sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire des sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes. Quant aux associations en participation, il est reconnu, en doctrine et en jurisprudence, qu'elles ne reconnaissent que des individus et ne forment pas un corps moral. *Cass.*, 2 juin 1834 (Mouroult c. Vautier et Derancourt). V. aussi M. Troplong, *Du contrat de société*, t. I, nos 495 et suiv.

(2) *Dissertation sur l'art.* 585 *du Code civil*, p. 19-20.

(3) *De l'usufruit*, t. I, n° 279.

(4) T. XIV, n° 96.

position spéciale de l'art. 1403 qui accorde une récompense à l'époux non propriétaire du fonds sur lequel n'auraient pas été faites, pendant l'existence de la communauté, des coupes de bois qui, en suivant les règles de l'usufruit, auraient pu être faites? N'est-il pas certain qu'en matière d'usufruit, les fruits sont acquis à l'usufruitier seulement par la perception ; que si celui-ci omet de les percevoir avant la fin de l'usufruit, il cesse d'y avoir droit et qu'il ne peut même prétendre aucune récompense pour ces fruits non perçus et désormais acquis au propriétaire par droit d'accession? Si donc, dans l'hypothèse de non perception de fruits prévue par l'art. 1403, hypothèse sur laquelle nous reviendrons en traitant de l'actif de la communauté, la loi accorde cependant une récompense à l'époux qui n'était pas propriétaire, c'est évidemment que la communauté n'est pas un usufruit.

La communauté nous semble donc inexactement caractérisée lorsqu'elle est présentée comme un être moral, comme une tierce personne placée entre les deux époux, et qui a l'usufruit de leurs biens personnels et la propriété des meubles et conquêts. Sans doute il se forme ou peut se former, après un mariage contracté sous le régime de la communauté, trois patrimoines distincts: celui du mari, celui de la femme et celui de la communauté ; le premier et le second, composés des biens propres à chacun des époux et qui ne tombent pas dans l'actif social ; le troisième, formé d'un fonds commun constitué, par les deux époux, avec une certaine classe de biens. Mais chacun des époux a sa part de ce dernier patrimoine ; il en est propriétaire par lui-même ; seulement l'un d'eux, le mari, en est l'administrateur avec des pouvoirs assez étendus pour qu'au regard des tiers il soit censé seul propriétaire, ou du moins il puisse agir comme tel. Lors *donc qu'on dit que la communauté a l'usufruit* des biens propres des époux, on exprime réellement l'idée que les époux eux-mêmes, en tant que communs en biens, ont cet usufruit. En sorte que le mot communauté, qui, dans le langage du droit et de la loi, signifie tantôt le fonds commun entre les époux, comme lorsqu'on dit que la communauté se compose activement de tels biens, tantôt le fait même de l'association conjugale, comme lorsqu'on énonce que la communauté commence avec le mariage, prend une troisième acception dans ce même langage du droit et de la loi, et désigne aussi les époux eux-mêmes en tant que communs en biens (1).

(1) V. M. Zachariæ, t. III, p. 407, note 1.

Tout cela exclut l'intervention de cet être fictif dont on admet l'existence dans les sociétés commerciales, et prouve que, sous ce rapport, la société conjugale diffère essentiellement de ces sortes de sociétés (1).

297. Elle diffère, sous d'autres rapports encore, des sociétés ordinaires. Aux termes de l'art. 1859 du Code civil, chaque associé, dans les sociétés ordinaires, a un droit égal, à défaut de stipulations spéciales. Au contraire, dans la société conjugale, chaque époux a, de plein droit, des avantages particuliers; ils sont régis par des règles spéciales qui ne sont pas les mêmes pour l'un et pour l'autre. D'une part, en effet, le mari a, comme nous l'avons vu, le pouvoir d'administrer le fonds commun et même d'en disposer, sauf certaines restrictions, sans le concours de la femme. Les obligations qu'il contracte avec les tiers dans les limites de ce pouvoir, lient la communauté, ou, du moins, l'exécution en peut être poursuivie sur les biens qui dépendent de la communauté. Mais d'une autre part, la femme, par une faveur toute spéciale qui atténue dans ce qu'ils pourraient avoir de trop fâcheux les effets de cette administration si étendue qui appartient au mari, la femme peut faire cesser la communauté, quand sa dot est en péril (art. 1443); elle a de plus la faculté de renoncer à cette communauté pour s'affranchir de toute contribution aux dettes communes (art. 1494), et même, en acceptant la communauté, de ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483). C'est surtout par cette différence dans le règlement des droits et des avantages respectifs des époux que le caractère de la communauté se distingue de celui des sociétés ordinaires.

Ce n'est pas tout, cependant. Dans les sociétés ordinaires, les associés peuvent fixer comme ils l'entendent le point de départ et la fin de la société, la dissoudre même, s'ils sont d'accord sur ce point, avant le terme qui avait été convenu (art. 1843, 1865). On sait qu'il en est tout autrement de la communauté dont la loi elle-même, par des dispositions expresses et exclusives, fixe le commencement et détermine l'événement qui y peut mettre fin.

Dans les sociétés ordinaires, les associés peuvent convenir que la société continuera avec les héritiers des associés décédés (art. 1868). Cette convention serait nulle entre époux, d'après les principes nouveaux qui, modifiant en ce point les règles ad-

(1) Telle est aussi l'opinion de la majorité des auteurs. V. MM. Toullier, t. XII, n° 82; Battur, t. I, n° 150; Dalloz, *Rép.* v° *Mariage (Contrat de)*, p. 180, n° 3; Zachariæ, *loc. cit.*; Championnière et Rigaud, t. IV, n° 2835.

mises sous l'ancienne jurisprudence, proscrivent la continuation de communauté après la mort naturelle ou civile de l'un des époux (art. 1442).

Dans une société ordinaire, spécialement dans une société universelle, les biens qui pourraient revenir aux associés par succession, donation ou legs, n'entrent dans la société que pour la jouissance ; toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est expressément prohibée (art. 1837), et elle est frappée d'une nullité dont l'effet est tel, d'après quelques auteurs, que l'acte tout entier est vicié dans son essence et qu'il n'en doit rien subsister (1). Au contraire, cette stipulation n'a rien que de licite dans les sociétés conjugales ; l'art. 1837 le dit expressément, et cette stipulation est l'une des modifications de la communauté légale prévues par le législateur et réglées sous la rubrique de la communauté conventionnelle (art. 1526).

La convention qui, dans les sociétés ordinaires, donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle (art. 1855). Dans la communauté, au contraire, cette convention est valable et constitue, comme la précédente, une dérogation consacrée par la loi, aux règles de la communauté légale (art. 1525).

Rien n'empêche les associés, dans une société ordinaire, de modifier les conventions qui avaient été primitivement arrêtées entre eux. La communauté, au contraire, est essentiellement irrévocable : on sait qu'après la célébration du mariage, il ne peut pas être fait de contrat qui fixe les conditions de l'association conjugale, et que s'il en a été fait un avant la célébration, ce contrat est désormais la loi immuable des époux.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce parallèle : ce que nous *avons dit suffit pour qu'on apprécie* avec exactitude les rapports de genre et les différences d'espèce qui existent entre la communauté conjugale et les sociétés ordinaires.

298. Après ces observations préliminaires sur la nature et les caractères généraux de la communauté conjugale, nous abordons l'exposé des règles de détail propres à ce régime.

Ces règles se divisent tout naturellement, lorsqu'on envisage la communauté sous les deux rapports que nous avons signalés *suprà*, nos 288 et suiv.

(1) V. MM. Duvergier, *Des sociétés*, n° 103, et Troplong, *eod.*, t. I, n° 276. — M. Duranton enseigne, néanmoins, que la nullité porte seulement sur la clause qui tend à faire entrer dans la société la propriété des biens à venir. V. t. XVII, n° 350.

Ce chapitre sera donc divisé en deux parties distinctes, dont la première comprendra les règles de la communauté légale et dont la seconde contiendra les règles de la communauté conventionnelle, ou, en d'autres termes, des clauses principales susceptibles de modifier, plus ou moins, le régime de la communauté légale.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

Sommaire.

299. En quels cas a lieu la communauté légale.
300. Étendue de cette communauté.
301. Une communauté universelle se présente à l'esprit comme la réalisation la plus parfaite de l'identification des personnes que le mariage établit.
302. Cependant la législation coutumière avait restreint la communauté à une certaine classe de biens.
303. Le Code civil a suivi le même principe et a maintenu, entre les meubles et les immeubles, la différence qu'avait faite la coutume de Paris.
304. Raisons qui auraient pu expliquer le rejet de cette différence, et par suite, l'adoption d'une communauté universelle.
305. Raisons contraires pour lesquelles le système de la communauté légale devait être préféré.
306. Division de cette première partie.

299. La communauté légale est, comme nous l'avons dit, celle qui a lieu soit lorsque les parties déclarent simplement, dans le contrat de mariage, qu'elles acceptent le régime de la communauté, soit lorsqu'elles se marient sans faire de contrat. Dans l'un et l'autre cas, la communauté est légale, malgré que ce ne soit pas la loi, ainsi que nous l'avons fait remarquer, qui en soit la cause immédiate, mais bien la volonté des parties qui, par une convention tacite et virtuelle, sont censées avoir stipulé la communauté de biens, telle qu'elle est établie par la loi.

300. Cette communauté constitue, entre le mari et la femme, une société universelle, en ce sens qu'elle embrasse tous les biens des parties, les uns en pleine propriété, les autres en jouissance seulement. Elle est donc plus étendue que les sociétés uni-

verselles ordinaires. Cependant elle ne comprend pas d'une manière absolue l'entier patrimoine des époux.

301. Sous ce rapport, il faut le dire, les principes qui, soit dans la législation coutumière, soit dans le Code civil, ont sanctionné et fait prévaloir la communauté, ne donnèrent pas à cette société toute l'étendue que suppose la nature même du mariage, et qu'elle avait probablement lorsque la communauté s'établissait accessoirement au mariage et indépendamment de toute stipulation (1). Suivant la belle définition de Modestin (2) : « Le mariage, c'est l'union de l'homme et de la femme, c'est le sort commun de la vie entière, c'est la communication du droit divin et du droit humain. » L'homme et la femme qui se marient mettent en commun, pour toute la durée de leur vie, leurs âmes et leurs corps, leurs volontés et leurs personnes (3) ; ils se communiquent tout leur être : *Duo in carne una, ubi et una caro, unus spiritus* (4).

Cela étant, on comprend qu'une communauté universelle des biens se présente à l'esprit comme la réalisation la plus parfaite de cette identification des personnes que le mariage établit. Les lois indiennes ont exprimé cette pensée dans une formule saisissante : « Selon l'Écriture, la loi, les sacrées ordonnances, selon *l'usage populaire, la femme est la moitié* du corps du mari, prenant part égale aux actes purs et impurs. Celui qui laisse sa femme vivante, se survit d'une moitié. Comment un autre prendrait-il la propriété, lorsqu'une moitié du propriétaire est encore en vie? (5) » La même idée se reproduit dans ce passage d'un jurisconsulte portugais : « *Et est nimium rationabilis consuetudo ex pluribus, primo ut qui communicant corpora quod plus est, communicant etiam bona, jura et actiones, quod minus est, quia excellentior est persona rebus. Item ne quotidie in eadem domo sit illud jurgium inter conjugatos, quod esse consuevit :* hoc est meum — illud est tuum — *prout contigit in illis locis in quibus hujusmodi consuetudo non viget* (6). » Telle est aussi la pensée qu'ex-

(1) V. le fragment du discours de M. Siméon, reproduit en note sous le n° 284.

(2) *Suprà*, n° 13.

(3) Franck, *Mémoire sur la famille* (V. *Rev. de lég. et de jurisp.*, 1845, t. III, p. 411.)

(4) Tertullien, *ad uxorem*.

(5) Digest of Hindu law, 3,458 (V. M. Michelet, *Orig. du droit franç.*, ch. II, p. 15-16).

(6) Velasquez, *Praxis partitionum et collationum inter hæredes secundum jus commune ac regium Lusitaniæ*. Francof., 1608.

priment les vieux coutumiers allemands (1), et on en retrouve la trace dans le grand monument législatif des croisades (2).

302. Mais la législation coutumière n'a pas déduit avec la même rigueur, il s'en faut de beaucoup, la conséquence du principe. Des trois cents coutumes qui se partageaient le territoire, soixante environ présentaient des règles absolument différentes; par suite, la communauté qu'elles établissaient variait, suivant les localités, dans son étendue et dans ses effets. Toutefois, on peut dire que la communauté fut généralement restreinte à une certaine classe de biens. Il serait sans aucune utilité de s'arrêter ici aux variations que les coutumes présentent à cet égard; nous nous bornerons à rappeler le principe qui avait été posé dans la coutume de Paris, celle qui jouit de la plus grande autorité et exerça son empire sur une partie considérable de la France coutumière, et celle dont, par ce motif, les rédacteurs du Code civil se sont plus particulièrement inspirés en organisant le régime de la communauté. Eh bien! d'après cette coutume, loin d'être universelle, la communauté de biens était restreinte à la fortune mobilière que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquéraient par la suite à un titre quelconque, et aux immeubles acquis pendant le mariage, soit du fonds commun et à titre onéreux, soit même à titre de donation ou de legs, lorsque la disposition était faite par un autre que par un ascendant. Tous les autres immeubles demeuraient la propriété personnelle des époux; à cet égard, le mariage laissait sans aucune réalisation ce *consortium omnis vitæ* dont parle Modestin.

303. Telles sont aussi, sauf quelques modifications légères que nous ferons connaître, les règles qui ont été suivies par les rédacteurs du Code civil. Sans anticiper sur ce que nous avons à dire de la composition de la communauté, ce qui fait l'objet de la section Ire de ce chapitre, nous constaterons ici, par forme d'observation générale, que la communauté légale ne prend précisément, dans son actif, que les choses mobilières présentes ou futures des époux, et les immeubles qui sont acquis pendant le mariage (1401), laissant en dehors, et propres aux époux, les im-

(1) « Le mari et la femme sont un corps et une vie; ils ne peuvent avoir aucun bien dédoublé. — Quand la même couverture est étendue sur eux, l'homme et la femme sont également riches. » — (V. M. Wolowski, *Mémoire sur la société conjugale*, Rev. de législ. et de jurisp., 1846, t. I, p. 173-174.)

(2) V. ce que nous avons dit dans notre introduction historique, nos 21 et suivants.

meubles dont chacun d'eux avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qui viendraient à leur échoir depuis à titre de succession ou de donation (1402, 1404). Ainsi, les rédacteurs du Code civil semblent s'être déterminés par cette pensée exprimée souvent, dans la discussion de la loi, que « quant aux règles de la communauté, on ne devait pas chercher à innover, mais à améliorer et surtout à recueillir et simplifier des préceptes épars et souvent obscurs (1). »

304. Au premier aperçu, cependant, on ne saurait se le dissimuler, l'innovation, en ce qui concerne la composition de la communauté, eût trouvé une explication naturelle dans le simple rapprochement des circonstances.

Lorsque la propriété immobilière était le patrimoine essentiel, le bien le plus précieux de la famille (2), celui dont les circonstances les plus graves pouvaient seules déterminer l'aliénation; quand, au contraire, la propriété mobilière, sous l'influence des principes qui prohibaient le prêt à intérêt, et rangeaient les rentes dans la classe des immeubles, était si peu considérable que les jurisconsultes pouvaient dire : *vilis mobilium possessio*, on comprend que le fonds social nécessaire pour la formation de la société conjugale ait été particulièrement composé des meubles, et se soit augmenté ensuite par le produit du travail et les revenus de chaque époux. D'ailleurs, l'exclusion des immeubles se rattachait alors à la règle des *propres;* elle en était, en quelque sorte, une conséquence nécessaire dans ce système de dévolution qui faisait rentrer les biens dans la ligne même d'où ils étaient provenus. Mais cet état de choses était complétement changé lors de la publication du Code civil. D'une part, le système des propres avait été rejeté. « La loi, dit l'art. 732, ne considère ni l'origine, ni la nature des biens, pour en régler la succession. » D'une autre part, l'introduction, dans la loi, du prêt à intérêt, la mobilisation des rentes, et le grand mouvement commercial et industriel qui s'est opéré, ont donné à la richesse mobilière un développement tel, qu'elle constitue aujourd'hui la plus grande partie de la fortune en France, et que, dans les biens des familles, elle est le seul patrimoine. Dans une telle situation, en présence de ces faits nouveaux, non-seulement l'exclusion, dans la com-

(1) V. notamment les observations présentées par M. Berlier (M. Locré, t. XIII, p. 180).

(2) Opinion de M. Tronchet (V. M. Locré, *loc. cit.*, p. 186, et la note qui suit).

position de l'actif social, des immeubles appartenant aux époux à l'époque du mariage cessait d'être en harmonie avec la loi nouvelle sur les successions, mais encore elle pouvait créer la plus injuste et la plus choquante des inégalités, puisqu'il est possible que l'un des époux apporte toute sa fortune dans la communauté, et que l'autre, au contraire, conserve la sienne intacte. On aurait donc pu comprendre qu'en plaçant la communauté légale au premier rang, et en l'instituant comme droit commun de la France, les rédacteurs du Code eussent développé le principe de cette communauté et l'eussent étendue jusqu'à en faire une société universelle de biens entre les époux. Aussi voit-on quelques jurisconsultes condamner, au nom de la logique et de l'équité, les rédacteurs du Code pour n'avoir pas adopté ce parti (1).

305. Mais, qu'on y songe! si la logique et l'essence même du mariage militent en faveur de la communauté universelle, peut-être que les réalités de la vie ne lui sont pas également favorables. La pratique fournit ici d'utiles enseignements; et les quarante années d'expérience qui ont passé sur le Code civil prouvent assez que ceux-là avaient fait une exacte appréciation des mœurs et des habitudes sociales, qui, ayant à choisir, entre divers systèmes d'association conjugale, celui qui prévaudrait comme droit commun, ont laissé de côté le régime de la communauté universelle. En effet, ce système n'a pas été écarté d'une manière

(1) V. MM. Zachariæ, t. III, p. 382-383; Mourlon, *Répétitions écrites*, p. 20, et surtout le mémoire déjà cité de M. Volowski (*Revue de législ. et de jurisp.*, 1846, t. I, p. 164 et suiv.). — Nous ajouterons que ce système s'est aussi fait jour dans la discussion de la loi; mais il n'y a laissé qu'une trace légère. En effet, M. Béranger a proposé, à la séance du 13 vendémiaire an XII (6 octobre 1803), de faire de la communauté universelle la base du droit commun, en permettant néanmoins les stipulations qui auraient pour objet de la limiter. Cette communauté, disait M. Béranger, serait bien plus utile par rapport aux enfants, à la famille et aux relations avec les tiers, que la communauté partielle. En prévenant des abus, elle donnerait un crédit que la crainte des fraudes affaiblit. En outre, elle est simple et dégagée de toute question, avantage très-précieux lorsqu'il s'agit de répandre l'usage de la communauté dans les pays où elle est inconnue. — M. Tronchet s'éleva contre cette proposition; il invoqua particulièrement la nécessité de ne pas rompre les habitudes, et la crainte que l'on augmentât les obstacles aux mariages, si l'on faisait entrer, de plein droit, dans la communauté des propriétés aussi précieuses que les immeubles. — La proposition de M. Béranger ne fut pas autrement discutée; et n'ayant pas été appuyée, elle ne devint pas l'objet d'un vote (V. M. Locré, t. XIII, p. 183 et suivantes).

absolue par les rédacteurs du Code civil. On le voit figurer, au contraire, au nombre des clauses prévues, comme susceptibles de modifier la communauté légale; l'art. 1526 en contient la disposition formelle. Eh bien! dans quelle proportion a-t-il été fait usage de cette convention spéciale dans les contrats de mariage? La pratique des notaires, dont un très-grand nombre n'a pas le souvenir d'avoir rédigé un seul contrat de ce genre, la pratique répond que la stipulation d'une communauté universelle est dans la proportion de un sur douze cents environ, et, en outre, que ces stipulations ont plutôt pour objet de faire une donation que de régler les conditions de l'association conjugale, par la raison décisive que, presque toujours, elles interviennent entre personnes dont l'une seule possède, l'autre étant absolument sans fortune. C'est une preuve certaine que la communauté universelle n'aurait pu être érigée en droit commun sans contrarier les tendances générales de la société.

Ces tendances s'expliquent, d'ailleurs, par l'injustice qu'eût souvent consacrée le système de la communauté universelle. L'union des personnes que le mariage établit vient à se rompre un jour par la mort de l'un des époux. Faut-il alors que le survivant, celui peut-être qui avait la plus grande fortune, soit tenu de partager ses biens personnels avec les héritiers ou les collatéraux de l'époux prédécédé, c'est-à-dire avec des personnes qu'il peut même ne pas connaître, ou qui, du moins, n'ont aucune place dans ses affections?

A la vérité, cette injustice n'est pas écartée d'une manière absolue, dans le système de la communauté légale. L'effet principal de ce régime étant d'exclure de l'actif social les immeubles dont les époux ont la propriété ou la possession légale avant le mariage, et d'y faire tomber, au contraire, les meubles et les biens mobiliers, une inégalité des plus grandes en peut résulter; par exemple, si la fortune est ainsi répartie, entre les époux, que l'un n'ait que des meubles ou des valeurs mobilières et l'autre des immeubles seulement. Mais cette inégalité s'explique par la force même des choses, et surtout par la nature différente de la propriété mobilière et de la propriété immobilière. La possession des immeubles se constate facilement; celle des meubles, au contraire, n'a pas le même caractère d'authenticité. Dans cette situation, on pouvait sans danger exclure de la communauté les immeubles possédés par les époux avant le mariage, parce que l'origine en peut être constatée sans difficulté. L'exclusion des meubles, dont les uns se consomment par l'usage, dont les autres se renou-

vellent incessamment, et dont certains, comme les capitaux, n'ont de valeur qu'à la condition de changer d'emploi, eût été entourée, au contraire, d'inextricables difficultés. Comment, en effet, et par quels moyens aurait-on pu reconnaître l'origine d'un mobilier qui se confond de fait et d'une manière nécessaire dans la communauté pendant sa durée?...

Sous un autre rapport, cette distinction, entre les meubles et les immeubles, se justifie plus logiquement qu'on ne pense. Il ne faut pas oublier que le système de la communauté légale a été organisé pour être plus particulièrement la loi de ceux qui, n'ayant pas assez de fortune pour supporter les frais d'un contrat, se dispensent d'en faire (1). Les rédacteurs du Code savaient très-bien que les parties jouissant de quelque aisance, et à plus forte raison celles qui auraient de la fortune, manqueraient rarement de recourir à un notaire. C'est là ce qui se pratique ordinairement: le nombre n'est pas grand de ceux qui, ayant un patrimoine même restreint, se dispensent de faire un contrat et d'y stipuler les conventions qu'ils jugent le plus susceptibles d'établir une égalité parfaite, soit en limitant leurs apports, soit en convenant de la séparation des dettes, soit par toute autre convention qui atteindrait mieux le but proposé. C'est donc, en définitive, pour la classe pauvre que la communauté légale est principalement établie. Or, pour cette classe, dont la portion la plus nombreuse à la fois et la plus intéressante est formée de cultivateurs, de gens de campagne tirant leurs ressources et leur vie du champ qu'ils cultivent, il est encore, il sera toujours vrai de dire que la propriété immobilière est le patrimoine essentiel, le bien le plus précieux, celui que l'on veut avant tout conserver dans la famille, celui par conséquent qu'il ne fallait pas faire tomber, de plein droit, dans la communauté légale. La meilleure condition civile de l'association conjugale, pour cette classe, était assurément la mise en commun, comme premier fonds de l'établissement nouveau, de la propriété mobilière ordinairement très-peu considérable, et puis, le partage égal des bénéfices produits par les travaux de chacun des époux. Or, c'est précisément cette condition que réalise, au fond, la communauté légale.

A ces titres divers, ce système devait prévaloir sur celui de la communauté universelle. Il suffisait que la loi permît, ainsi qu'elle l'a fait, d'adopter ce dernier; mais l'imposer à défaut de contrat stipulant des conventions matrimoniales, c'est ce qu'elle ne pou-

(1) V. le rapport de M. Duveyrier (M. Locré, t. XIII, p. 324 et 339).

vait faire sans froisser les habitudes reçues, sans contrarier de très-légitimes tendances.

306. Selon l'expression du rapporteur de la loi au tribunat, la communauté légale a, comme toute autre société, sa formation, ses progrès et sa dissolution. Cette marche détermine aussi la série des règles qui la gouvernent et qui, par suite, ont pour objet : 1° la composition en actif et en passif de la communauté ; 2° son administration ; 3° sa dissolution ; 4° la détermination des droits des époux après la dissolution.

Telles seront nos divisions principales, sauf à subdiviser, selon les besoins de la matière, les branches diverses de cette première partie du chapitre.

SECTION PREMIÈRE.

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT.

Nous nous occuperons distinctement, dans cette section, de ce qui forme l'actif de la communauté, et de ce qui en constitue le passif.

§ 1er. — De l'actif de la communauté.

Sommaire.

307. Aperçu général et division.

307. En principe, tous les biens des époux, ainsi que nous l'avons dit, appartiennent à la communauté, soit en pleine propriété, soit en jouissance seulement. Ceux dont la propriété pleine et entière tombe dans le fonds social, sont désignés sous la dénomination de *biens de communauté ;* les autres, dont la jouissance seulement est attribuée à la communauté ou aux époux en tant que communs, prennent la dénomination de *biens personnels*, de *propres de communauté* ou plus brièvement de *propres*.

Il suit de là, qu'en définitive, c'est la communauté qui, tant que la durée s'en prolonge, possède tous les biens, ceux qui sont personnels aux époux aussi bien que les autres. On peut donc dire que tout bien est réputé *bien de communauté* jusqu'à preuve contraire : c'est ainsi, en effet, que lorsqu'à la dissolution de la communauté, l'un des époux vient prétendre qu'un bien lui est personnel, il en doit faire la preuve et justifier de la cause qui lui a attribué la propriété.

Or, la présomption étant que tous les biens des époux tombent,

en pleine propriété, dans la communauté, il y aurait à rechercher plutôt, ce semble, quels sont les biens qui restent propres aux époux que ceux qui forment l'actif de la société conjugale. Toutefois, la loi a procédé d'une autre manière ; elle indique distinctement les biens qui tombent dans la communauté et ceux qui demeurent propres aux époux. Nous procéderons d'après le même système.

ART. I. — *Des biens qui tombent dans la communauté.*

Sommaire.

308. Le Code civil, conforme à l'ancienne jurisprudence, indique trois espèces de biens comme étant susceptibles d'entrer dans l'actif de la société conjugale : les meubles, les fruits et les conquêts immeubles. — Texte de l'article 1401.

N° 1er. — *Des meubles.*

309. La règle qui fait tomber les meubles dans la communauté légale embrasse non-seulement les meubles à acquérir, mais encore les meubles possédés par les époux au jour du mariage.
310. Importance qu'il y a à distinguer soigneusement tout ce qui a le caractère de meubles.
311. Suite.
312. Suite.
313. *Des meubles présents.* — La règle qui fait tomber les meubles présents dans l'actif de la communauté, embrasse dans sa généralité les meubles corporels et les meubles incorporels.
314. Application de cette règle aux meubles corporels ;
315. Spécialement aux corps qui se meuvent par eux-mêmes. — Des animaux ;
316. Des esclaves dans nos colonies.
317. Application de la règle aux corps qui ont besoin, pour se mouvoir, d'une impulsion étrangère. — Ils tombent dans la communanté, quel qu'en soit le volume ou le prix (Art. 531).
318. Il en est ainsi des matériaux qui au moment du mariage appartiennent à l'un des époux et sont assemblés pour une construction, ou proviennent de la démolition entière d'un édifice (Art. 532).
319. Suite.
320. Suite.
321. *Secùs* si la démolition n'est que partielle et a été faite en vue de réparer l'édifice, ou même si la démolition partielle a eu lieu par l'effet d'un événement de force majeure.
322. Résumé des principes relatifs aux meubles corporels.
323. Application de la règle qui fait tomber les meubles présents dans la communauté aux meubles incorporels, ou par la détermination de la loi.
324. Spécialement, aux droits qui forment un démembrement d'une chose mobilière (*jus in re*) ;
325. Et aux droits qui tendent à obtenir une chose mobilière (*jus ad rem*). —

Des créances. La loi parle des créances qui ont pour objet des sommes *exigibles ;* mais elle n'exclut pas les créances à terme ;

326. Ni les créances conditionnelles.

327. Le principe s'applique même dans le cas où la créance est accompagnée d'une affectation hypothécaire, ou d'une stipulation d'antichrèse, ou d'une délégation sur le prix d'un immeuble.

328. C'est par l'objet et non par la cause que doit être déterminé le caractère mobilier ou immobilier d'une créance. — Ainsi l'action en délivrance d'arbres vendus sur pied est mobilière ; il en est de même de l'action en payement d'un immeuble vendu. Par suite l'action tombe dans la commnauté s'il s'agit d'une vente consentie avant le mariage ;

329. Encore que la vente ait été faite dans le temps intermédiaire entre le contrat et la célébration du mariage. — Controverse.

330. Il en est ainsi de la créance d'une somme due à l'un des conjoints pour le retour d'un partage d'immeubles fait avant le mariage.

331. Si la créance a pour objet une chose mobilière et une chose immobilière à la fois, elle n'entre que partiellement dans la communauté.

332. De la créance alternative.

333. De la créance facultative.

334. De celle qui a pour objet une part à l'indemnité créée soit en faveur des colons de Saint-Domingue, soit en faveur des émigrés.

335. Des reprises à faire par les époux dans une précédente communauté. — Leur caractère est déterminé par les règles suivies pour les créances alternatives. — Controverse.

336. De l'obligation de faire. — Lorsqu'elle est convertie, par l'effet de l'inexécution, en une action en dommages-intérêts, elle est mobilière et tombe dans la communauté. Mais avant d'être novée, l'obligation n'est pas nécessairement mobilière. — Réfutation de l'opinion contraire de Pothier. — Si l'objet principal de l'obligation est immobilier, l'obligation est immobilière et exclue de la communauté, quel que soit le mode par lequel l'obligation vienne ensuite à s'éteindre.

337. Si l'objet de l'obligation de faire est mobilier, l'obligation est mobilière et tombe dans la communauté. — Application au droit résultant, en faveur du preneur, d'un bail ordinaire ;

338. Et à celui qui résulte de baux à longue durée, de l'emphytéose, du contrat de superficie, du bail à domaine congéable ou à convenant, du bail à rente foncière, à complant, du champart ou du bail à locatairie, du bail à métairie perpétuelle et du bail héréditaire.

339. Transition aux actions ou intérêts dans les compagnies de commerce de finance, ou d'industrie. Ces actions ou intérêts sont mobiliers ;

340. Alors même que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Les actions ou l'intérêt passent donc à la communauté lorsque l'un des associés se marie pendant la durée de la société.

341. Conséquence de ce principe.

342. Il en est autrement de l'intérêt dans une société purement civile.

343. Mais si la société est industrielle ou commerciale, la règle qui fait tomber l'action dans la communauté reçoit son application sans qu'il y ait à s'arrêter au plus ou au moins d'importance de la société ;

344. Et sans qu'il y ait à en limiter l'application au cas où les immeubles dépendant de la société sont des accessoires nécessaires à l'exploitation.
345. Exception aux règles précédentes relativement aux actions immobilières de la banque de France et de la compagnie des canaux d'Orléans et de Loing.
346. Autre exception relative au cas où le mariage n'est contracté qu'après la dissolution de la société conjugale.
347. Enfin, l'art. 529 classe parmi les meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers. Toutefois, il y a quelques exceptions au principe qui, par ce motif, les ferait tomber dans la communauté.
348. Des rentes immobilisées pour la formation d'un majorat.
349. Des rentes créées sous l'empire d'une législation qui les réputait immeubles.
350. Suite.
351. Ces exceptions écartées, les rentes possédées par les époux au moment du mariage, tombent, même quant au droit, dans l'actif de la communauté légale. — Application de la règle aux rentes perpétuelles;
352. Et aux rentes viagères.
353. *Quid* de la rente viagère déclarée incessible et des pensions alimentaires?
354. De la propriété littéraire, et des offices. — Renvoi.
355. *Des meubles futurs.* — La communauté constitue aussi une société des meubles à acquérir pendant le mariage.
356. Ainsi elle embrasse le mobilier qui vient à échoir par succession à l'un ou à l'autre des époux. — *Quid*, lorsque la succession est en partie mobilière et en partie immobilière?
357. *Quid*, lorsqu'elle est composée principalement de créances et d'immeubles? L'art. 883, relatif aux effets du partage, doit-il être appliqué même dans ce cas? Controverse; solution affirmative.
358. Dans tous les cas il faut que le partage ait été fait de bonne foi et qu'il s'agisse d'un partage réel.
359. La communauté embrasse encore les meubles échus à l'un ou à l'autre époux pendant le mariage, par voie de donations entre vifs ou testamentaires.
360. L'art. 1401 ne mentionne que ces deux causes d'acquisition : les successions et les donations. Mais sa disposition ne doit pas être considérée comme limitative.
361. Application de la règle aux meubles provenant d'acquisitions à titre onéreux;
362. Ou de l'industrie commune ou particulière des époux :
363. Spécialement, des créations de l'esprit : propriété littéraire, artistique, industrielle;
364. Du droit de présentation attribué à certains titulaires d'office et de l'exercice de la profession de ces titulaires;
365. De l'achalandage, de la clientèle et de l'exploitation d'un fonds de commerce.
366. Application de la règle aux choses mobilières qui adviennent aux époux par dons de fortune ou par d'autres causes où l'industrie et le travail n'ont pas de part :

367. Spécialement à un trésor découvert ;
368. Au gain fait à la loterie ;
369. Aux bénéfices provenant du jeu ou d'un pari; aux choses mobilières acquises par la prescription ;
370. Aux dommages-intérêts ayant pour cause des voies de fait commises contre l'un des époux.
371. Application de la règle aux choses mobilières advenues en considération de la capacité ou en récompense de services rendus.

308. Parmi les règles infiniment variées des diverses coutumes sur la composition de la communauté conjugale, nous nous bornerons à rappeler encore celles de la coutume de Paris, d'une part parce qu'elles étendaient leur empire sur la plus grande partie des pays coutumiers; d'une autre part, parce que, en général du moins, elles ont été admises et suivies par les rédacteurs de la loi moderne. Dans les principes de cette coutume, la communauté conjugale comprenait tous les biens meubles des conjoints à quelque titre que ces meubles fussent échus, et les biens immeubles acquis aux époux durant le mariage, autrement que par succession ou par un autre titre équipollent à succession. C'est en ce sens que l'on entendait l'art. 220 de la coutume aux termes duquel : « Homme et femme conjoints ensemble par mariage, sont communs en biens meubles, et conquêts immeubles faits durant et constant le mariage. » Et cette interprétation de la loi était formellement consacrée par la coutume d'Orléans (1), qui, rédigée trois ans après la coutume de Paris et par les mêmes commissaires, devait naturellement servir à l'explication des termes obscurs ou insuffisants de cette dernière coutume.

La coutume indiquait ainsi, comme composant la communauté, deux espèces principales de choses : les *meubles* et les *conquêts*. Toutefois la doctrine y avait ajouté les *fruits* comme un troisième élément de la composition de l'actif. Quoique par leur nature, les fruits rentrassent dans la classe des biens meubles ou même quelquefois dans celle des conquêts, les auteurs envisageaient dans les fruits, non pas leur qualité générale de meubles qui les aurait fait entrer dans la communauté, mais leur

(1) L'art. 186 de la *Cout. d'Orléans* disait, en effet : « Homme et femme conjoincts, sont uns et communs en biens meubles, debtes actives et passives, faites tant auparavant leur mariage que durant icelui ; et conquests immeubles faits durant le dit mariage : en telle manière que par le trépas de l'un desdits conjoincts, lesdits meubles, debtes et conquests se divisent entre le survivant, auquel en appartient la moitié, et les héritiers du trépassé, auxquels appartient l'autre moitié. »

qualité particulière de *fruits*, et les regardaient comme constituant véritablement une troisième espèce de choses dont la communauté devait profiter (1). Cette appréciation, fort exacte comme on le verra plus bas (2), a été suivie par les rédacteurs du Code civil, qui, pour ne pas rompre avec des habitudes reçues, ont adopté les vues de la coutume de Paris ainsi complétée par la doctrine.

En effet, l'art. 1401 du Code civil annonce que : « la communauté se compose activement :

« 1° De tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire.

« 2° De tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de la célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage à quelque titre que ce soit ;

« 3° De tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. »

Voilà la règle : venons maintenant aux applications ; nous les indiquerons en reprenant successivement les trois espèces de biens qui sont susceptibles d'entrer dans l'actif de la société conjugale.

N° 1er. — *Des meubles.*

309. En ce qui concerne les meubles, la règle qui les fait tomber dans la communauté conjugale s'applique non-seulement à ceux que les époux acquièrent pendant la durée de la société conjugale, sauf une exception dont nous parlerons à l'article suivant, mais encore à ceux qu'ils possédaient déjà au moment du mariage. Sous ce rapport, les dispositions de la loi furent l'objet, lors de la discussion, d'une attaque très-vive. A côté des adversaires du projet qui le critiquèrent sur ce qu'il laissait hors de la communauté les immeubles possédés par chacun des époux au moment de leur union, d'autres adversaires attaquèrent la disposition qui faisait tomber dans cette communauté les meubles acquis aux époux avant le mariage. Ainsi, lorsque les uns tendaient vers une communauté universelle, d'autres voulaient

(1) V. notamment Pothier, *De la communauté*, nos 24 et 204.
(2) V. *infrà*, n° 373.

que le Code, à l'exemple de quelques coutumes isolées (1), ramena la communauté légale aux proportions d'une simple communauté d'acquêts.

On a vu déjà par quelles raisons puissantes la pensée que révélait la première de ces critiques a dû être écartée (2). Fallait-il s'arrêter davantage à la pensée restrictive de la seconde? Non; les rédacteurs de la loi en ont donné eux-mêmes la raison décisive. Réduire la communauté conjugale à une simple société d'acquêts, ont-ils dit, ce serait déroger aux habitudes les plus générales des pays coutumiers: en effet, la coutume de Paris dont le ressort était immense, et le plus grand nombre des autres coutumes, confondaient le mobilier respectif des époux dans la communauté; cette considération est déjà de quelque poids, car il ne faut pas innover sans de graves motifs. D'ailleurs, il y a des motifs plus sérieux de maintenir la règle. Pour qui cette règle existera-t-elle? Pour les époux qui ne feront pas de stipulation contraire. Et quels seront-ils sinon ceux qui se contenteront du droit établi, ou ceux qui ne feront point de contrat. Or, cette dernière classe est nombreuse; et de qui se compose-t-elle? Des membres de la société ayant le moins de fortune. L'on conçoit dès lors que l'on ne fait grief ni à l'un ni à l'autre des époux, en mettant en communauté leur mince mobilier. D'un autre côté, ceux qui ne font pas de contrat feront-ils un inventaire? Évidemment non. Et alors, comment reconnaître à la dissolution de la communauté ce qui appartient à l'un et à l'autre? Comment, après dix, vingt, trente ans, distinguer jusqu'aux effets à son usage que chaque époux a apportés? Si les meubles ont dépéri totalement, comment s'en fera-t-on respectivement état? Si donc il n'y a point eu de convention spéciale pour exclure le mobilier de la communauté, il y tombe par sa nature : établir le contraire, ce serait exposer les époux ou leurs héritiers à des difficultés inextricables et qui pourraient s'étendre même au patrimoine entier, le mobilier composant quelquefois toute la fortune des époux (3).

(1) On cite au nombre des coutumes qui excluaient de la communauté conjugale les meubles possédés par les conjoints au moment de leur mariage, celle de Bayonne, tit. IX, art. 24, et celle de Labourt, tit. IX, art. 1. Valin, sur la *Cout. de la Rochelle*, art. 48, § 2, n° 2, affirme que tel était aussi l'usage constant dans le ressort du présidial de Saintes. V. le *Nouv. Denisart*, v° *Communauté de biens*, § 6, n° 14.

(2) V. *suprà*, n° 305.

(3) V. les observations de MM. Berlier et Tronchet, dans la *Législation ci-*

Ces considérations ont dicté les dispositions de la loi. En effet, elles sont décisives, surtout si l'on songe que l'institution d'une communauté légale ou de droit commun n'a eu pour effet d'enlever à personne la faculté d'y substituer une communauté conventionnelle, et par conséquent que toute partie est toujours libre de stipuler comme elle l'entend relativement à ses meubles présents, si elle les trouve trop considérables pour les laisser tomber en totalité dans la communauté.

310. Mais la différence notable qui existe entre les meubles et les immeubles considérés comme éléments de la composition active de la communauté conjugale indique par elle-même la nécessité de distinguer soigneusement, parmi les choses susceptibles d'appropriation et sur lesquelles l'homme a exercé sa puissance en les faisant légitimement tomber dans sa propriété, celles qui sont biens meubles et celles qui appartiennent à la classe des biens immeubles (1). C'est même à propos de la communauté que la distinction des biens se produit dans ce qu'elle a d'important, tellement que Pothier a exposé, plus particulièrement à l'occasion de la communauté, les règles de la matière (2). Toutefois l'importance de la classification des biens se retrouve encore dans d'autres sujets : ainsi, c'est d'après la nature des biens qu'on décide si tel objet qui a été frappé d'hypothèque en était ou non susceptible ; de même pour la solution de certaines questions relatives à la prescription, aux saisies, aux priviléges, aux legs, à la capacité de certaines personnes, etc., il peut être essentiel de distinguer quels biens sont meubles, quels biens sont immeubles. Voilà pourquoi le législateur a isolé tout ce qui concerne la distinction des biens et en a fait l'objet d'un titre particulier du Code civil. Là sont tracées des règles positives destinées à écarter les appréciations arbitraires

vile, de M. Locré, t. XIII, p. 182 et suiv.; Cpr. l'Exposé des motifs de M. Berlier, *ibid.*, p. 279.

(1) On voit, d'après cela, dans quel sens doivent être pris le mot *choses* et le mot *biens*. Dans son acception la plus étendue, le mot *choses* comprend tout ce qui existe, et, dans le langage du droit, ce même mot signifie tout ce qui peut être de quelque utilité pour l'homme en particulier, et devenir pour lui l'objet d'un droit ou d'une obligation. Le mot *biens* a un sens plus restreint ; il s'entend seulement des choses en tant qu'elles sont possédées par l'homme. Ainsi le mot *choses* et le mot *biens* ne sont pas synonymes : le premier est le genre ; le second, une espèce. V. MM. Toullier, t. III, n° 3, et Marcadé, 3e édit., t. II, p. 332.

(2) V. *Tr. de la Communauté*, part. I, chap. 2, sect. I.

dans tout débat subordonné à un examen préalable de la nature des biens.

Nous avons à étudier ces règles : toutes simples qu'elles soient, elles ne laissent pas, on le verra bientôt, que d'avoir suscité, dans la pratique, d'assez nombreuses difficultés.

311. On peut dire que leur nature même a fait donner aux biens les dénominations de *meubles* et d'*immeubles*, et les a fait ranger dans cette distinction, la seule que proclame le Code civil (art. 516), et dont on a dit au corps législatif « qu'il est impossible de concevoir des biens qui ne doivent pas être compris dans l'une des deux classes qu'elle établit (1). » En effet, c'est parce que certaines choses sont susceptibles de se mouvoir par elles-mêmes, comme les animaux, ou d'être mues par une impulsion étrangère, comme les livres, l'argent, etc., qu'elles ont été qualifiées meubles, du verbe latin *movere* d'où était dérivé le mot *mobilis* (2) : et par opposition on a donné la dénomination d'immeubles aux choses qui ne peuvent se mouvoir ni être déplacées, comme les terres, les maisons.

312. Toutefois ces définitions des biens ne s'appliquent avec exactitude qu'à ceux qui ont une existence réelle et effective, à ceux que l'on peut voir et toucher, comme des terres, des maisons, des bijoux, de l'argent, etc. Mais indépendamment de ces choses, il en est d'autres qui ont une existence purement relative et ne peuvent être perçues que par l'entendement : tels sont les droits ou les actions qui tendent à procurer une chose à laquelle on peut prétendre en vertu de contrats, de promesses ou d'obligations. Ces choses ne sont en principe susceptibles ni de la qualité de meubles ni de celle d'immeubles, parce que n'ayant pas d'existence

(1) Exposé des motifs de M. Treilhard, V. M. Locré, *Lég. civ.*, t. VIII, p. 52.

(2) Le participe *movens* s'appliquait plus particulièrement aux choses susceptibles de se mouvoir par elles-mêmes, et le mot *mobilis* à celles qu'une force étrangère seule pouvait déplacer. Mais les deux appellations finirent par s'appliquer à l'une et à l'autre catégorie de meubles. C'est ce qu'exprime la loi 93 ff. *De verb. signif.*, sur laquelle Cujas a dit : « *Mobilium seu moventium appellatione significantur etiam animalia, ut servi, jumenta. Itaque nihil interest dicat, lego mobilia, vel moventia, nam et animalia dicuntur mobilia, licet proprie sint moventia, et mobiles res etiam inanimæ dicuntur moventes.* » Le Code civil s'est conformé à cette doctrine lorsqu'il a dit : « Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées. » (Art. 528.)

propre et n'occupant aucun lieu, on ne peut dire ni qu'elles peuvent se mouvoir, ni qu'elles peuvent être déplacées. Voilà pourquoi la législation romaine avait expressément consacré une autre distinction des biens plus générale que celle qui les divise en meubles et en immeubles et dont on pouvait dire avec plus de raison que, « sous cette distinction se rangent toutes les espèces de biens, et qu'il est impossible d'en concevoir qui ne doivent pas être compris dans l'une de ces deux classes » : nous voulons parler de la distinction des biens en corporels et en incorporels, les premiers *qui tangi possunt*, les seconds *qui in jure consistunt* (1). Le Code civil suppose bien cette distinction dans plusieurs de ses articles (V. notamment les art. 1607, 1693, 2075); mais il ne la consacre pas d'une manière directe; conséquemment en présence de cette déclaration si tranchée que renferme l'art. 516 aux termes duquel « tous les biens sont meubles ou immeubles, » on doit nécessairement ranger dans l'une ou l'autre de ces deux classes de biens, les choses incorporelles que l'on a dans son patrimoine. D'après cela on considère comme meubles les droits qui forment un démembrement de la propriété d'une chose mobilière, comme l'usufruit ou l'usage des choses mobilières; et les droits qui tendent à obtenir une chose mobilière comme les créances, etc., soit que ces droits aient été mis en action par une demande en justice, soit qu'ils demeurent encore inactifs entre les mains de celui qui en est investi : et l'on considère comme immeubles les droits qui tendent à un objet immobilier, ou ceux qui reposent sur un immeuble, sans qu'il y ait non plus à s'occuper de savoir si le droit a été mis ou non en action par une demande en justice (2). Ainsi, de même qu'il y a plusieurs espèces d'immeubles (3), de même aussi on doit distinguer deux espèces particulières de meubles : les meubles corporels et les meubles incorporels; c'est ce qu'exprime l'art. 527, aux termes

(1) V. la loi 1, § 1, au ff. *De divisione rerum et qualitate*. Les Institutes de Justinien consacrent un titre tout entier aux choses incorporelles. V. lib. II, tit. II.

(2) La mise en action du droit est ici tout à fait indifférente. C'est un point qui a été mis dans tout son jour par M. Marcadé : V. *Eléments de droit civil français*, t. II, sur l'art. 526, p. 367 et suiv., 3e édit.

(3) On verra plus tard que certains biens corporels, meubles par leur nature, sont cependant réputés immeubles dans certaines circonstances, et que, par exception aussi, certains droits ou actions, quoiqu'ils aient pour objet de l'argent et des capitaux, n'en appartiennent pas moins à la classe des immeubles incorporels.

duquel « les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi. »

Ces préliminaires posés, nous suivrons distinctement, quant aux meubles présents et quant aux meubles futurs, l'application de la règle d'après laquelle l'actif de la communauté légale se compose d'abord de la fortune mobilière des époux.

313. *Des meubles présents.* — La règle qui fait tomber dans la communauté tous les meubles présents de chacun des époux embrasse dans sa généralité les meubles corporels et les meubles incorporels. C'est en ce sens que le mot *meubles*, employé dans l'art. 220 de la coutume de Paris, était interprété sous l'empire de cette coutume; et la coutume d'Orléans, pour ne laisser aucun doute à cet égard, s'en était formellement expliquée dans son art. 186, où on lit : « Hommes et femmes conjoints sont uns et communs *en biens meubles, dettes actives*... » Cette interprétation ne saurait aujourd'hui présenter la moindre difficulté, si l'on veut réfléchir que l'art. 1401 se sert de cette expression « tout le mobilier, » et que dans les dispositions de la loi comme dans celles de l'homme, l'expression *biens meubles*, celle de *mobilier* ou d'*effets mobiliers* comprennent généralement, aux termes de l'art. 535 *du Code civil*, tout ce qui est censé meuble, d'après les règles établies dans les art. 528, 529, 530, 531 et 532. Ainsi, à l'égard des meubles possédés par les époux au jour du mariage, la communauté les reçoit dans son actif, de quelque espèce qu'ils soient, et par conséquent les effets mobiliers incorporels aussi bien que les meubles corporels.

314. Quant aux meubles de cette dernière espèce, la difficulté ne saurait jamais être bien sérieuse. Les caractères distinctifs en ayant été indiqués par la loi d'une manière précise et d'ailleurs fort satisfaisante, l'application du principe qui fait tomber les meubles dans la communauté se fera presque toujours d'elle-même. La loi déclare meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère. Tous corps qui rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories, et qui appartiennent aux époux à l'époque du mariage tombent dans leur communauté : tel est le principe. Mais il convient d'ajouter que ce principe ne s'applique que sous l'exception des meubles immobilisés. Quelquefois, en effet, les meubles corporels perdent leur nature de meubles et sont réputés immeubles, soit à cause de

leur destination, soit à cause de l'objet auquel ils s'appliquent. Lorsque des effets mobiliers présentent ce caractère au moment du mariage, au lieu de tomber dans la communauté, ils demeurent propres à l'époux qui en est propriétaire. Ce point sera plus particulièrement expliqué à l'article suivant, qui forme le complément de celui-ci, et auquel, par ce motif, le lecteur devra se référer.

315. Sauf cette exception particulière, les meubles corporels tombent dans la communauté. Ainsi, les corps qui se meuvent par eux-mêmes étant meubles, il s'ensuit que tous les animaux possédés par les époux au moment du mariage tombent de plein droit dans la communauté légale, ces animaux fussent-ils placés sur un fonds et considérés comme propres à la culture. Les animaux, il est vrai, lorsqu'ils sont attachés à la culture, sont immobilisés par ce seul fait, et rentrent, à ce titre, dans l'exception dont nous venons de parler. Mais il ne suffit pas qu'ils soient placés sur le fonds et qu'ils soient propres à la culture, il faut encore et avant tout qu'ils y soient employés ou tout au moins nécessaires (1), comme on le verra à l'article suivant.

316. Il en est ainsi des esclaves dans nos colonies. La morale et l'humanité protestent aujourd'hui contre l'asservissement absolu de l'homme à l'homme, et réclament hautement une émancipation destinée peut-être à rencontrer encore une longue résistance. Quoi qu'il en soit, l'esclavage subsiste dans nos colonies, et tant que cette plaie n'aura pas disparu de notre organisation sociale, il faudra nécessairement appliquer aux esclaves les principes précédemment exposés. D'après cela, les esclaves attachés à la terre, c'est-à-dire destinés principalement et à perpétuité à la culture des terres d'une habitation, étant immeubles par destination, ne tombent pas dans la communauté légale qui s'établit par le mariage entre leurs maîtres. Mais s'ils ne sont pas attachés à la terre, c'est-à-dire s'ils sont employés soit au service de la personne de leur maître, comme un domestique, un cocher, soit à quelque autre ministère qui ne les consacre pas à la culture d'une terre, les esclaves sont meubles et ils entrent par conséquent dans la communauté légale (2). Le principe qui sert de base à cette solution a été établi, sous l'ancienne jurisprudence, par une déclaration du roi du mois de

(1) V. *Conf. Limoges*, 15 juin 1820 (aff. Villemoneix).
(2) *Conf.* Pothier, *De la communauté*, n° 30.

mars 1685, et la jurisprudence moderne en a fait de fréquentes applications (1).

317. La règle n'est pas moins absolue relativement aux corps qui ont besoin pour se mouvoir d'une impulsion étrangère. Ces meubles, quel que grand qu'en soit le volume ou le prix, ne laissent pas, comme l'enseigne Pothier (2), que d'être meubles. L'art. 531 exprime aussi cette idée, lorsqu'il déclare meubles « les bateaux, bacs, navires et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant point partie de la maison. » Car toutes les choses que cet article énumère, les usines elles-mêmes, à moins qu'elles soient fixées sur piliers, ce qui, par application de l'art. 519, les classerait parmi les immeubles, sont des corps « qui peuvent changer de place par l'effet d'une force étrangère, » et à ce titre elles seraient rentrées dans la définition des meubles donnée par l'art. 528, encore qu'une disposition spéciale ne les y eût pas expressément rangées. Cette disposition a donc eu particulièrement pour objet d'empêcher qu'en se fondant sur le volume et l'importance des corps qu'elle énumère, on en vînt à penser que ces corps sont immeubles. D'après cela, leur qualité de meubles doublement établie par la loi, les fait entrer de plein droit dans la communauté légale. Tel était le principe suivi dans l'ancienne jurisprudence. Certaines coutumes avaient eu même le soin de l'exprimer (3).

318. La même observation peut être faite à l'occasion des matériaux provenant d'une démolition, et de ceux assemblés pour construire. En effet, des matériaux préparés pour la construction d'un édifice n'en ont pas moins la nature de meubles tant qu'ils ne sont pas employés; il est également évident que lorsqu'un édifice est démoli, il a cessé d'être immeuble, encore que le propriétaire ait la pensée de le rétablir immédiatement avec les mêmes matériaux en tout ou en partie, à la

(1) Il a été jugé, en effet, que des nègres attachés à une habitation sont immeubles, comme l'immeuble lui-même dont ils suivent le sort. *Req. rej.*, 11 mars 1819 (aff. Kiquandon), et 1er décembre 1824 (aff. Levalois); mais qu'ils perdent le caractère d'immeubles par destination et recouvrent la qualité de meubles, dès l'instant qu'ils sont détachés de l'habitation où ils étaient placés; *Req. rej.*, 5 août 1829 (aff. Baquoit), *Civ. Cass.*, 3 août 1831 (aff. Luce Alexis); *Req. rej.*, 17 juillet 1838 (aff. Desfourneaux). V. encore dans le même sens, *Req. rej.*, 25 mai 1841 (aff. Barrat).

(2) V. *loc. cit.*, n° 29.

(3) C'est ce que dit Pothier (V. *loc. cit.*), qui cite la *Cout. de Calais*, tit. I, art. 3, et celle de Normandie, art. 519.

place même que la construction occupait. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a que des matériaux, c'est-à-dire des corps susceptibles d'être déplacés par l'effet d'une force étrangère, et par conséquent des meubles, d'après la définition contenue dans l'art. 528. Cependant on pouvait craindre que la destination même de ces matériaux ne donnât à penser qu'ils fussent immobilisés; et cette supposition, d'ailleurs inexacte puisque la destination seule ne suffit pas pour opérer l'immobilisation, le législateur a jugé à propos de lui enlever tout prétexte de se produire en donnant aux matériaux d'une manière expresse, dans ces circonstances, la qualité de meubles qu'ils tenaient virtuellement déjà de l'art. 528. Tel est l'objet de l'art. 532, aux termes duquel « les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction (1). »

319. Supposons maintenant, pour faire dans ce cas l'application de la règle qui fait tomber dans la communauté les meubles présents des époux, que l'un des futurs possède en se mariant des matériaux qu'il a réunis sur son terrain pour une construction. Ces matériaux tombent en totalité dans la communauté, si la construction n'est pas encore commencée, et en partie seulement, c'est-à-dire pour la portion qui reste à employer (car les matériaux deviennent immeubles au fur et à mesure de leur adhérence au sol par l'emploi qui en est fait), si la construction est commencée et non encore achevée. Dans la première hypothèse, quelque parti qui soit pris durant le mariage relativement aux matériaux assemblés, la communauté qui les avait acquis en devra profiter. Ainsi soit que renonçant à l'intention de construire, les époux réalisent les matériaux au moyen d'une vente, soit que donnant suite à l'intention primitive, ils fassent la construction, la communauté acquerra ou le prix ou la construction en remplacement d'une valeur mobilière qu'elle avait reçue dans son actif. Dans la deuxième hypothèse, une portion des matériaux se trouvant déjà immobilisée au moment du mariage, et à ce titre exclue de la communauté légale, la raison même indique que le surplus des matériaux, ceux qui seraient employés à la construction durant le mariage,

(1) Cet article a fait passer dans notre législation les dispositions de la loi 17, §§ 5 et 10, au ff. *De act. empt. et vend.*, d'après lesquelles : « Quod insulæ causâ paratum est, si nondùm perfectum, quamvis positum in ædificio sit, non tamen videtur ædium esse. Quæ parata sunt ut imponantur, non sunt ædificii. »

doit rester également propre à l'époux propriétaire. Mais comme cette dernière portion était entrée dans la communauté, et que par suite l'un des époux ne pouvait plus l'employer à son profit exclusif, le propriétaire de la construction serait tenu, par application de l'art 1437 dont la disposition sera plus particulièrement examinée dans la section suivante, à une récompense envers la communauté qu'il devrait indemniser pour tous les matériaux employés à la construction depuis la célébration du mariage.

320. Supposons en second lieu que l'un des époux possède en se mariant les débris d'un édifice qu'il a fait démolir et dont les matériaux sont encore sur place au moment de la célébration du mariage. La combinaison des art. 532 et 1401, § 1, fait tomber aussi ces matériaux dans la communauté. Ils y tombent alors même que l'époux propriétaire de l'édifice démoli aurait eu l'intention de reconstruire l'édifice à la place qu'il occupait et avec les mêmes matériaux. Dans la pensée de l'art. 532 le retour des matériaux à leur nature de meubles par le fait de la démolition n'est aucunement subordonné à l'intention du propriétaire. Et sous ce rapport nous ne saurions adopter : ni l'opinion de notre savant maître, M. Dalloz aîné, d'après lequel « s'il apparaît par les circonstances que le propriétaire n'ait démoli que pour reconstruire, les matériaux n'auront pas cessé d'être immeubles; ils seront meubles si c'est pour vendre ces matériaux que la démolition a été faite (1); » ni celle de Pothier, qui, appliquant cette distinction au cas de démolition par force majeure, dit : « Si une maison a été incendiée, ou est tombée de vieillesse, les matériaux qui en restent conservent leur qualité d'immeubles, tant qu'ils peuvent paraître destinés à la reconstruction de la maison : mais lorsque le propriétaire paraît avoir abandonné le dessein de reconstruire sa maison, ces matériaux séparés du sol sont choses meubles (2). » Une semblable distinction nous paraît complétement arbitraire et nous sommes d'autant plus disposé à la rejeter qu'on ne pourrait que très-difficilement arriver à constater soit le changement dans l'intention du propriétaire, soit surtout le moment précis où le propriétaire a abandonné le dessein de reconstruire. Il faut donc s'en tenir au principe, et ce principe est absolu. Démoli par le fait de l'homme ou détruit par un événement de force majeure, l'édifice a perdu sa

(1) V. *Rép. alph.*, v° *Choses*, t. II, p. 476 à la note.

(2) *De la communauté*, n° 62. V. encore dans ce sens, Chopin, *Comm. sur la cout. d'Anjou*, p. 509.

qualité d'immeuble ; les matériaux sont retournés à leur nature primitive, et tant qu'un nouvel emploi ne leur fera pas perdre cette qualité de meubles qu'ils ont reprise, ils la conserveront : la disposition de l'art. 532 du Code civil est fort expresse dans ce sens, et l'interprétation que la jurisprudence lui a donnée est conforme (1).

321. Mais il convient d'ajouter que l'art. 532 est conçu en vue d'une démolition totale. Nous ne pensons donc pas que l'on puisse dire avec M. Dalloz, dont nous avons déjà cité l'opinion, que, « si l'on s'attachait avec rigueur à la lettre de l'art. 532, il faudrait aller jusqu'à dire que la simple démolition d'une partie de l'édifice sujet à réparation, comme un pan de mur, un toit, une charpente, aurait pour effet de mobiliser les matériaux qui en proviendraient, bien qu'ils n'aient été que momentanément déplacés du corps de l'édifice auquel ils appartiennent, ce qui est difficilement admissible. » Cela n'est pas admissible assurément, mais cette induction ne saurait être tirée de l'art. 532 même rigoureusement interprété. En effet, lorsque cet article se sert du mot *édifice*, il est évident qu'il parle de l'édifice entier, puisque ce mot n'est limité par aucune expression. Ce serait donc en exagérer la lettre que de l'appliquer à une démolition partielle faite en vue d'une réparation. Ce cas n'a pas été prévu par l'article en question ; mais il est régi par des principes posés antérieurement et que le Code civil n'a pas entendu contredire. Les matériaux momentanément séparés de l'édifice pour y être replacés, par exemple dans le cas d'une réparation à faire, soit à la partie détachée de l'édifice, soit à l'édifice lui-même, conservent leur qualité d'immeubles même pendant le temps nécessaire à la réparation, et cela par application du principe posé dans la loi 17, § 10 ff. *De actionibus empti et venditi*, aux termes de laquelle « *ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt.* » Et cette réserve doit être admise non-seulement en faveur des matériaux provenant d'une démolition partielle vo-

(1) La Cour de Lyon a jugé, en effet, que les matériaux provenant de la démolition d'un édifice conservent la qualité de meubles qui leur est assignée par l'art. 532, lors même que l'édifice n'a été démoli que pour être reconstruit, et que les matériaux sont destinés à la reconstruction ; et par suite que ces matériaux, tant qu'ils n'ont pas été employés dans le nouvel édifice, peuvent être saisis comme meubles. — Arrêt du 23 décembre 1811 (aff. Savoye et Molière). V. aussi dans le sens de cette solution, MM. Hennequin, *Tr. de législ. et de jurisp.*, t. I, p. 59 ; Duranton, t. IV, n^os 111 et suiv. ; Marcadé, sur les art. 531 et 532, t. II, p. 373.

lontairement faite par le propriétaire, en vue d'une réparation, mais encore en faveur de ceux qu'un événement de force majeure aurait détachés de l'édifice. Ici, comme dans le cas précédent, le corps de l'immeuble continue de subsister comme objet principal auquel se rattachent, par la destination, les matériaux qui en ont été momentanément détachés : ces matériaux sont donc toujours, intentionnellement du moins, une partie de l'édifice et participent par conséquent de son caractère immobilier.

D'après cela si l'un des époux possède, en se mariant, un immeuble démoli partiellement, soit par l'effet de sa volonté, soit par l'effet d'un événement de force majeure, les matériaux provenant de la démolition n'en demeureront pas moins sa propriété quoiqu'ils soient détachés de l'immeuble, et le replacement en poura être fait sans que l'époux propriétaire ait à désintéresser la communauté du prix de ces matériaux. Toutefois, l'affranchissement ne sera pas absolu ; l'époux propriétaire devra du moins récompense pour le prix de la main d'œuvre, puisque l'argent, comme tous les autres meubles corporels, tombant dans la communauté légale, cette main d'œuvre ne pourra être acquittée qu'au moyen de valeurs prises dans le fonds commun.

322. *En résumé donc on peut dire*, que tous les meubles corporels, quels qu'en soient le volume ou le prix, tombent dans la communauté : ainsi en est-il des bestiaux, des denrées, des meubles meublants, des marchandises, des bateaux, des navires, etc... Seulement, lorsque quelques-uns de ces objets perdent, par la destination, le caractère de meubles qui leur appartient, comme si le propriétaire d'un fonds livre au fermier ou au métayer des animaux pour la culture (C. civ., art. 522), il n'y a plus de prétexte à l'application de la règle qui fait tomber les meubles corporels dans la communauté, puisque le meuble est immobilisé. Mais dans ce cas, et dans tous les cas analogues, il convient que le contrat de mariage, s'il en est fait un, constate la situation d'une manière précise, afin de prévenir autant que possible, pour le moment de la dissolution, les embarras de liquidation et de partage.

Nous n'insisterons pas davantage sur l'application de la règle aux objets mobiliers par leur nature que possèdent les époux à l'époque du mariage : encore une fois, cette application ne peut faire naître des difficultés bien sérieuses (1).

(1) Au surplus, on trouvera, comme nous en avons déjà fait la remarque,

323. L'application de la règle aux meubles incorporels est sujette à plus de controverses. D'après les observations précédentes (1), cette classe de meubles embrasse généralement toute espèce de droit ayant pour objet une somme d'argent ou des biens corporels meubles par leur nature. L'art. 529 du Code civil s'en explique en ces termes : « Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles, à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. — Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur les particuliers. » En rapprochant cet article de l'art. 526, dont le dernier paragraphe déclare immeubles « les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, » (2) et en le comparant avec l'art. 1401 qui fait tomber dans la communauté tous les meubles présents ou actuels sans aucune exception, on voit que la législation nouvelle a condamné la doctrine mise en avant par Lebrun (3), à savoir : que pour déterminer la nature mobilière ou immobilière d'un droit, il fallait s'en rapporter à la *cause* de ce droit et non pas à son *objet*, doctrine qui, d'ailleurs, n'avait pas prévalu, même sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, et à laquelle Pothier notamment substituait le principe absolument contraire. « Pour juger si un droit de créance personnelle, disait-il, est mobilier ou immobilier et s'il doit en conséquence entrer ou non dans la communauté légale, on ne considère que la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire, la chose

le complément de nos observations sur ce point à l'article suivant ; car, en indiquant les biens, qui, quoique meubles de leur nature, sont en certains cas réputés immeubles, et à ce titre demeurent la propriété personnelle de l'époux qui les possède lorsqu'il se marie, nous serons nécessairement amenés à parcourir les cas dans lesquels ces objets conservent leur caractère de meubles qui les fait tomber dans la communauté.

(1) V. notamment *suprà*, n° 312.

(2) Nous ferons seulement remarquer que la locution dont se sert ici l'art. 526 est inexacte et incomplète, car tout droit qui a pour objet de procurer la propriété ou un démembrement de la propriété d'un immeuble, est par cela même immobilisé ; il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse limitativement d'une revendication. Il faut voir sur ce point les observations présentées par M. Marcadé, t. II, p. 366 et suiv., 3^e édit.

(3) *De la communauté*, liv. I, ch. v, sect. I, dist. 1, n° 16.

due, et on n'a aucun égard à la cause d'où le droit de créance procède (1). » Cette doctrine de Pothier qui se résume dans une application parfaitement exacte de l'axiome *actio ad mobile, est mobilis; actio ad immobile, est immobilis*, cette doctrine, disons-nous, est aussi celle que le Code civil a fait prévaloir. Il reste à en suivre les conséquences, relativement aux meubles, et spécialement au point de vue de la composition active de la communauté légale.

324. Et d'abord, constatons que dans l'énumération qu'il présente, l'art. 529 s'occupe exclusivement des droits tendant à obtenir soit une chose mobilière, soit un démembrement de la propriété de cette chose, c'est-à-dire de cette espèce de droit que l'on a désigné par l'expression de *jus ad rem*. Ce même article garde un silence absolu sur les droits qui forment eux-mêmes un démembrement de la propriété d'une chose mobilière, c'est-à-dire sur les droits qui sont qualifiés de *jus in re*. Est-ce à dire cependant que le *jus in re*, quand il a pour objet une chose mobilière, ne soit pas meuble aussi bien que le *jus ad rem*, lorsqu'il tend à une chose de même nature? En aucune manière. Seulement, comme l'usufruit ou l'usage est le seul *jus in re* dont les meubles soient susceptibles, le législateur a pu se dispenser d'en faire l'objet d'une disposition expresse, le caractère mobilier d'un tel usufruit ou usage ressortant déjà virtuellement de l'art. 526, qui n'attribue à l'usufruit le caractère d'immeuble qu'en tant que l'usufruit repose sur des choses immobilières. L'usufruit des choses mobilières rentre donc dans la catégorie des meubles par la détermination de la loi; et à ce titre, l'époux qui, en se mariant, jouit d'un droit de cette nature, le transmet immédiatement à la communauté.

Cela posé, revenons aux droits que l'art. 529 signale comme meubles par la détermination de la loi.

325. Ce sont d'abord les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers. Les obligations dont parle la loi doivent être considérées activement; ainsi entendues, les obligations signifient les créances : lorsque de telles créances ont pour objet un effet mobilier ou des sommes *exigibles*, elles sont mobilières, et par conséquent elles entrent dans la communauté. Des *sommes exigibles*, dit l'art. 529. S'ensuit-il qu'il n'y ait de mobilières que les créances dont on peut dès à présent exiger le payement? Nullement. La loi met ici en

(1) *Tr. de la communauté*, nos 69 et 77.

opposition les créances avec les rentes dont elle va parler et qui ont pour principe et pour aliment un capital dont le crédi-rentier s'est interdit d'exiger le remboursement. Une créance même à terme est donc mobilière dès qu'elle a des sommes d'argent pour objet (1); et par ce motif elle tombe dans l'actif de la communauté légale.

326. Une créance conditionnelle y tombe également, et le bénéfice de la créance appartient aux deux époux, encore même que la condition ne doive s'accomplir que durant le mariage et quand même elle s'accomplirait seulement après la dissolution de la communauté : la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat. La créance entre donc comme espérance dans la communauté ; si cette espérance se réalise par l'événement de la condition, elle se transforme en un droit certain qui a existé dès l'origine, non-seulement en faveur de l'époux créancier, mais encore en faveur de son conjoint.

Tel serait, par exemple, le cas où l'un des époux aurait vendu, avant son mariage, une propriété immobilière, sous une condition suspensive qui ne devrait s'accomplir qu'après le mariage contracté. Le prix de la vente fait désormais partie de la communauté, comme une espérance ; en sorte que si la condition s'accomplit, la vente est censée consommée du jour où les consentements ont été échangés, c'est-à-dire à une époque antérieure au mariage, et l'époux originairement propriétaire est censé avoir eu le prix dès cette époque, et l'avoir transmis à la communauté.

327. Du reste, il importerait peu que la créance, immédiatement exigible, à terme ou conditionnelle, fût garantie par une affectation hypothécaire. En soi, l'hypothèque est un droit réel sur un immeuble, d'après l'art. 2114 du Code civil ; mais l'annexion d'une hypothèque à une créance ayant pour objet une somme d'argent, ne changerait ni la nature ni le caractère de cette créance. Le droit hypothécaire, comme le dit Pothier (2), n'étant qu'un accessoire de la créance personnelle à laquelle il est attaché, lorsque cette créance est par elle-même mobilière, il ne peut pas la rendre immobilière, car ce n'est pas de la chose accessoire que la chose principale doit suivre la nature ; c'est au contraire l'ac-

(1) Il résulte, en effet, d'un arrêt rendu par la Cour suprême que les intérêts représentant l'usufruit d'une somme dotale attribuée par la femme au mari *en cas de survie*, constituent une créance mobilière. *Req. rej.*, 30 janvier 1834 (aff. Dabadie).

(2) V. *loc. cit.*, n° 76.

cessoire qui suit la chose principale; d'où il suit que les créances de choses mobilières, quoique hypothécaires, ne laissent pas de tomber, comme droits mobiliers, dans la communauté légale, et elles y entrent avec tous les droits d'hypothèques dont elles sont accompagnées, suivant la règle : *accessorium sequitur principale.*

Ce que nous disons de l'affectation hypothécaire, il faut le dire aussi d'une stipulation d'antichrèse ou d'une délégation sur le prix d'un immeuble. Ce ne sont encore là que des sûretés de payement, et par conséquent des accessoires de la créance, tout comme l'hypothèque. Ils ne sauraient donc changer la nature du droit, ni par suite empêcher ce droit de tomber dans la communauté dès qu'il est purement mobilier.

328. Pour déterminer si un droit de créance est mobilier ou immobilier, il faut, avons-nous dit, en rechercher l'objet et nullement l'origine ou la cause. Ainsi, l'action en délivrance d'arbres qui ont été vendus sur pied est purement mobilière, car, quoique les arbres fussent immeubles comme faisant partie du fonds au moment de la vente, cette action ne tend à les faire acquérir par l'acheteur que lorsqu'ils seront devenus meubles par leur séparation du sol (1).

De même, l'action en payement d'un immeuble vendu avant le mariage est purement mobilière. Lebrun qui partait du principe diamétralement opposé, comme nous l'avons dit, concluait au contraire que la créance était immobilière dans ce cas, parce qu'elle représentait en quelque façon l'immeuble qui, si l'on n'en avait point disposé, ne serait point entré dans la communauté. Déjà combattue autrefois, cette solution ne pourrait prévaloir aujourd'hui, en présence de l'art. 529 : car la créance, dans le cas proposé, a uniquement pour objet le recouvrement d'une somme d'argent, valeur essentiellement mobilière; donc elle tombe dans la communauté, par application de l'art. 1401.

329. Mais c'est une question controversée de savoir s'il en est ainsi même dans le cas où l'aliénation de l'immeuble par le propriétaire, futur époux, a été faite dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage. Sur ce point, Pothier se prononçait pour la négative; selon lui, l'époux vendeur ou ses héritiers avaient droit, après la dissolution de la communauté, à la reprise du prix. « La raison est, disait-il, que des futurs conjoints peuvent bien se faire tels avantages que bon leur semble par leur contrat de ma-

(1) V. Pothier et son annotateur M. Bugnet, *De la communauté*, n° 70 et la note.

riage ; mais dans le temps intermédiaire entre le contrat et la célébration, il ne leur est plus permis d'en changer les conditions, et de se faire aucun avantage, ni direct ni indirect, à l'insu et sans le gré de leurs parents qui y ont assisté (1). » Cette doctrine a été pleinement adoptée sous l'empire du Code civil, par quelques auteurs qui insistent notamment sur ce que l'aliénation dans un temps intermédiaire entre le contrat et la célébration du mariage impliquerait un changement virtuel aux conventions matrimoniales, ce qui, aux termes de l'art. 1396 du Code civil, ne peut avoir lieu sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage (2). Nous ne croyons pas qu'en principe cette solution doive être admise aujourd'hui (3). L'art. 1404 du Code civil a prévu l'hypothèse inverse, c'est-à-dire le cas où une somme d'argent est convertie en un immeuble par l'effet d'une acquisition faite dans l'intervalle du contrat à la célébration, et dans cette hypothèse, l'art. 1404 fait tomber l'immeuble en communauté, par exception à la règle d'après laquelle les immeubles ne font partie de l'actif social que lorsqu'ils sont acquis à l'un ou à l'autre des époux après la célébration du mariage. Mais ni cet article ni aucun autre ne se sont occupés de l'hypothèse prévue par Pothier ; c'est dire que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu suivre, en ce point, la doctrine de ce jurisconsulte, doctrine qui tendrait à faire commencer la *communauté légale avant le moment* que l'art. 1399 lui assigne comme point de départ. D'ailleurs la distinction entre les deux cas se conçoit à merveille si l'on réfléchit que la conversion en immeubles d'une somme d'argent ou d'autres objets mobiliers destinés à tomber dans la communauté, peut très-légitimement être réputée frauduleuse, tandis que la même idée de fraude ne peut sous aucun prétexte être attachée à la conversion d'un immeuble en argent, cette conversion ne pouvant faire de tort à personne, si ce n'est à celui-là même qui était propriétaire de l'immeuble et qui en

(1) *De la communauté*, n° 603. — Les auteurs du nouveau Denizart ont aussi admis cette doctrine. L'époux vendeur, disent-ils, v° communauté, § 7, n° 12, a « la reprise du prix qui n'a pas dû entrer dans la communauté en pure perte pour lui, puisque les parties ont respectivement arrêté leurs conventions d'après l'état présent de la fortune de chacun d'eux. »

(2) V. MM. Duranton, t. XIV, n. 184 ; Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté*, n° 81 ; Zachariæ, t. III, p. 412, n° 3 ; Battur, t. I, n° 174.

(3) C'est aussi l'opinion émise par MM. Toullier, t. XII, n° 171, et Bugnet, sur Pothier, t. VII, p. 316 à la note.

eût conservé la propriété s'il ne l'avait pas converti. Quant à l'idée que la conversion apporterait une modification aux conventions matrimoniales, comme elle n'a été d'aucune considération, bien qu'elle pût également être opposée, lorsqu'il s'est agi de statuer sur l'exception consacrée par l'art. **1404**, il ne nous paraît pas qu'elle doive exercer plus d'influence sur la solution de la difficulté dans l'hypothèse inverse où nous sommes maintenant placés.

Les circonstances, d'ailleurs, pourraient faire modifier cette solution, par exemple, s'il était constant que l'époux, qui après la rédaction du contrat a aliéné des immeubles, n'a cédé en cela qu'aux instances ou aux séductions soit de la famille de son conjoint, soit du conjoint lui-même. Mais en principe, nous croyons que le prix encore dû d'un immeuble aliéné avant la célébration du mariage, à quelque époque que l'aliénation ait été faite, soit avant, soit après la rédaction du contrat, tombe dans la communauté, en vertu de la règle qui y fait tomber tout droit ou toute créance dont l'objet est purement mobilier (1).

330. Par suite du même principe, la créance d'une somme due à l'un des conjoints lors de son mariage, pour le retour d'un partage d'immeubles qu'il avait fait avec ses cohéritiers avant son mariage, entre dans la communauté. Conséquent avec le principe qu'il avait mis en avant, Lebrun soutenait le contraire. Il se guidait sur ce qui avait lieu à l'égard du passif de la communauté où l'on avait égard quelquefois, en effet, à la cause d'où procédait la dette, pour savoir si la communauté en devait être chargée. Mais cette doctrine était généralement contredite. « Au temps que le mariage a été contracté, disait Renusson (2), il était véritable de dire que le conjoint auquel la soulte était due n'avait plus de part dans l'immeuble échu à son cohéritier et copartageant ; il ne lui était dû qu'une somme de deniers, qui est une chose purement mobilière qui entre en la communauté ; après la dissolution de la communauté, il ne lui en est dû aucun remploi ni récompense. Cela a ainsi été jugé par un arrêt qui a confirmé une sentence rendue par le sénéchal

(1) Nous supposons la vente parfaite et suivie d'exécution par le payement du prix ; mais si la vente vient à être rescindée ou frappée de résolution, que faut-il décider ? V. *infrà* ce que nous disons sur ces divers points dans nos explications sur l'art. **1402**.

(2) V. *Tr. de la communauté*, part. 1, ch. III, n° 15. — Nous verrons plus loin ce qu'il faut décider dans le cas où il s'agit d'un partage fait ~~avant~~ pendant le mariage. (V. p. 346, note 2)

du Maine le 2 juin 1635. » Tel était aussi l'avis de Pothier (1), qui faisait remarquer, contre l'avis de Lebrun, que l'on ne pouvait tirer aucune conséquence pour l'actif de la communauté de ce qui avait lieu pour le passif. Le Code civil a fait prévaloir cette doctrine; car, d'une part, l'art. 1401 fait tomber dans la communauté toutes les créances, sans distinction ni réserve, et sans permettre par conséquent qu'on en recherche la cause; tandis que, d'une autre part, l'art. 1409, dont la disposition sera expliquée au paragraphe suivant, ne fait tomber les dettes mobilières des époux avant le mariage, que sous la réserve d'une récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre (2).

331. Si la créance a pour objet à la fois une chose mobilière et une chose immobilière, elle n'entre que partiellement dans la communauté. Considérée dans son objet, la créance est évidemment immobilière quant aux immeubles auxquels elle donne droit; elle est mobilière quant aux meubles : elle tombe donc dans la communauté seulement par rapport à ces derniers objets.

Il en est ainsi quand même l'immeuble dû pourrait être considéré comme le principal par rapport aux meubles. Par exemple, a-t-il été vendu à l'un des époux peu avant son mariage une propriété immobilière avec tous les meubles qu'elle renfermait, quoique la propriété immobilière soit le principal objet de la créance, s'il arrive que la tradition ne soit pas encore faite au moment du mariage, cette créance n'en est pas moins scindée, en telle sorte que la portion seule qui a les meubles pour objet tombe dans la communauté. Cela, dit Pothier, « est conforme au principe *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*. Si ma créance avait été acquittée avant mon mariage; si, lors de mon mariage, l'héritage et les meubles qui y sont m'eussent déjà appartenu, il n'y eût eu que l'héritage qui eût été propre de communauté; les meubles qui y sont seraient entrés dans la communauté légale : ma créance doit donc, par rapport auxdits meubles, y entrer comme s'ils m'appartenaient déjà. »

332. Mais en est-il de même de la créance alternative, par exemple, de celle qui a pour objet deux choses, dont l'une est meuble et l'autre immeuble, au choix du débiteur ou du créan-

(1) *De la communauté*, n° 77. — V. encore dans ce sens l'annotateur de Lebrun, sur le n° 21, *loc. cit.*

(2) *Conf.* M. Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.*

cier ? Une telle créance tombe-t-elle dans la communauté ? On ne saurait le dire, car la quailté de la créance est encore incertaine au moment où le mariage est célébré : la nature n'en sera fixée qu'à l'époque du payement, et dépendra précisément de la chose qui sera remise au créancier. Mobilière si le payement est effectué au moyen d'un effet mobilier, la créance aura été immobilière, au contraire, si le débiteur se libère par la remise d'un immeuble. Ainsi supposons qu'avant son mariage l'un des époux ait été institué légataire de tel champ ou d'une somme de 5,000 francs, à son choix ou au choix de l'héritier chargé du legs, le droit résultant de ce legs en faveur de l'époux sera ou non censé être tombé dans la communauté suivant qu'à l'événement, cet époux ou l'héritier aura pour mode de libération choisi la remise du champ ou des 5,000 francs.

333. Il en serait autrement si la créance, au lieu d'être alternative, était purement facultative; par exemple, si, avant son mariage, l'un des époux a été institué légataire d'une somme de dix mille francs en payement desquels le testateur a laissé à l'héritier chargé du legs la faculté de livrer telle maison dont la valeur est aussi de dix mille francs. Ici tout est fixé dès l'origine : une seule chose est due; c'est la somme de dix mille francs. La maison peut être donnée en payement; mais cette maison n'est pas véritablement due; elle n'est pas dans l'obligation (*in obligatione*), elle est une facilité donnée au débiteur pour le payement (*in facultate solutionis*). La créance est donc purement mobilière; à ce titre elle tombe dans la communauté; tellement que le débiteur, à l'événement, venant à se libérer par la remise de l'immeuble, cet immeuble n'en appartiendra par moins à la communauté comme représentation d'une créance mobilière que la communauté avait acquise.

Et réciproquement, si le legs avait été fait principalement d'une maison, avec faculté pour l'héritier de retenir cette maison en payant la somme équivalente de 10,000 fr., la créance résultant du legs serait purement immobilière; l'époux qui l'aurait eue en se mariant en conserverait la propriété, tellement que l'héritier vînt-il, à l'événement, à se libérer, suivant la faculté qu'il en avait, en donnant 10,000 fr. à la place de la maison, ces 10,000 fr. n'en demeureraient pas moins propres à l'époux légataire, comme la représentation d'un droit que sa nature immobilière mettait en dehors de la communauté.

334. Dans ces diverses hypothèses, l'objet mobilier de la créance n'est guère contestable. Mais il est tels autres droits

dont le caractère mobilier est plus sujet à controverse. Il en est ainsi notamment du droit à l'indemnité établie en faveur des émigrés ou des colons de Saint-Domingue; du droit de reprise à exercer par la femme dans une précédente communauté; du droit résultant de l'inexécution d'une obligation de faire, etc.

Et d'abord, quant à l'indemnité établie en faveur des colons de Saint-Domingue par la loi du 30 avril 1826, on peut dire qu'elle représente les fonds dont les colons ont été dépossédés, et qu'à ce titre elle est immobilière. Mais la jurisprudence a nettement établi la doctrine contraire et a fait très-bien ressortir que si l'indemnité est immobilière dans sa cause, elle est du moins tout à fait mobilière dans son objet, puisque le droit résultant de la loi se résume en un dédommagement pécuniaire. Ainsi, dans une espèce où un colon avait cédé ses droits à l'indemnité, la cour suprême a déclaré, en se fondant sur le caractère mobilier du droit, que l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, instituée par l'art. 1674 du Code civil, pour la vente des immeubles, était inapplicable. « Attendu, a dit la cour suprême, que la loi du 30 avril 1826 n'a eu pour objet qu'un simple dédommagement accordé aux anciens colons de Saint-Domingue, à cause de la perte des biens qu'ils avaient possédés dans cette colonie et dont ils avaient été expropriés; que ce dédommagement n'est que d'une très-faible partie de ladite perte; que l'expropriation étant du fait du gouvernement d'Haïti, ce sont les sommes que ce gouvernement s'est obligé de fournir qui ont été affectées au payement de l'indemnité; que cette indemnité n'est point donnée à titre de restitution du prix des immeubles qui avaient appartenu aux colons; qu'elle se compose d'une somme mobilière à percevoir qui ne peut, sous aucun rapport, être considérée comme la représentation d'un immeuble situé à Saint-Domingue; attendu que l'art. 1674, relatif à la rescision de la vente pour cause de lésion, ne nomme que le cas où il s'agit d'immeubles; qu'ainsi cette disposition n'est pas applicable à l'espèce..... » (1) Ces considérations sont décisives; il en résulte que, purement mobilier, le droit à l'indemnité qui appartenant à l'un des époux en se mariant, tomberait, à ce titre, dans la communauté légale établie, par le fait du mariage, entre lui et son conjoint.

(1) *Req. rej.*, 21 novembre 1831 (aff. Laurent). La même doctrine s'induit d'un arrêt de rejet rendu par la chambre civile, le 1er août 1831 (aff. Leroux). V. *Conf.* M. Glandaz, *loc. cit.*, n° 36.

Le principe est le même en ce qui concerne le droit à l'indemnité établie en faveur des émigrés par la loi du 27 avril 1825. Ici encore, l'indemnité ne représente en aucune manière l'immeuble confisqué; il ne le représente pas plus que le prix d'un immeuble vendu avant le mariage ne représente cet immeuble : ce droit à l'indemnité doit donc tomber dans la communauté tout comme on y fait incontestablement tomber le prix d'une vente (1).

335. C'est une question plus controversée de savoir quelle est la nature des reprises à faire par les époux et quel est le caractère du droit ayant pour objet des reprises. M. Toullier atteste (2) et c'est, en effet, l'avis exprimé par Duparc-Poullain (3), qu'autrefois en Bretagne on regardait comme immobilière l'action en reprise ou remploi de la femme, non-seulement pour récompense du prix de ses immeubles aliénés, mais encore lorsqu'elle n'avait pour objet que des sommes stipulées propres, et tendait par conséquent *ad mobile consequendum*. Cette action étant réputée immobilière, elle était exclue de la communauté formée entre la veuve et son second mari, si le mariage avait lieu avant que la veuve eût exercé son action. Toutefois, cette opinion n'avait pas prévalu, notamment dans le ressort du parlement de Paris. Au milieu de rares controverses, une opinion générale s'élevait, d'après laquelle les reprises à faire par l'un des époux, sauf les reprises en nature et les remplois faits pendant la communauté, étaient censées mobilières, bien que l'époux en fût rempli en immeubles. Telle était la doctrine de Renusson, de Lebrun et de Pothier, et ce point est attesté par M. Merlin (4).

M. Toullier, après avoir rappelé cette controverse, examine la question au point de vue du Code civil et la résout dans ce dernier sens. « L'action de la femme, dit-il, même en récompense ou remploi du prix de ses propres immeubles aliénés pendant le mariage, est purement mobilière, puisqu'elle ne tend qu'à en

(1) Plusieurs arrêts consacrent aussi cette solution. V. Limoges, 21 février 1828 (aff. de Montbas), et 25 mai 1831 (hosp. d'Ussel); Caen, 13 mai 1829 (aff. Godard). Cette dernière cour a également jugé, par application du principe, que la clause d'ameublissement des biens de la femme n'atteint pas l'indemnité qui lui est accordée ultérieurement en vertu de la loi du 27 avril 1825. Arrêt du 18 août 1842 (aff. Hubert). Toutefois le principe contraire trouve aussi quelque appui dans la jurisprudence. V. notamment Toulouse, 22 juin 1824 (aff. de Folmont).

(2) V. t. XII, n° 111.

(3) V. t. VIII, p. 17.

(4) V. *Rép.*, v° *Legs*, sect. IV, § 2, n° 4.

prélever le prix en deniers sur les effets de la communauté, d'après l'art. 1433. Ainsi, cette action entre incontestablement dans la seconde communauté, si, avant de l'avoir exercée, la veuve contracte un second mariage; et si, du consentement de la femme, les héritiers de son premier mari lui donnent *in solutum* un immeuble, ce serait un acquêt de la seconde communauté, puisqu'il aurait été donné en payement d'une créance mobilière tombée dans la communauté dès le jour de la célébration du mariage. »

Nous considérons, pour notre part, cette thèse comme trop absolue. A notre avis la question doit se résoudre selon la règle formulée par Pothier à l'égard des créances alternatives dont nous avons déjà parlé, règle d'après laquelle « lorsque deux choses sont dues sous une alternative dont l'une est meuble et l'autre immeuble, la qualité de la créance est en suspens jusqu'au payement. Elle est censée avoir été immobilière, si c'est l'immeuble qui est payé; ou mobilière, si c'est le meuble. » Et cette doctrine a été récemment consacrée par la cour royale de Paris (1). En effet, on peut dire, d'après des principes que nous avons déjà exposés, que la communauté constitue une société véritable qui donne à chacun des époux, à partir du mariage, un droit de propriété indivis sur tous les objets qui la composent. Ce droit, éventuel jusqu'à la dissolution de la communauté, et indéterminé tant que les choses sont en commun, devient fixe et déterminé à l'événement du partage et par l'effet de ce partage, en vertu duquel chaque époux est censé avoir été seul propriétaire des objets à lui échus depuis le jour où ces objets sont entrés dans la communauté. Tels sont les principes; et la cour de Paris les a pleinement acceptés. Puis, elle en a tiré la conséquence en ces termes : « Attendu que de ces principes, il suit que les époux, propriétaires par indivis jusqu'au partage de tous les

(1) Il a été jugé, en effet, par cette cour que pour déterminer la nature mobilière ou immobilière des reprises que les époux ont à exercer sur les biens de la communauté pour le prix de leurs propres aliénés, et, par suite, pour savoir si l'action en reprise est ou non comprise dans une donation mobilière de l'époux à son conjoint, il ne faut pas avoir égard à la nature des propres aliénés, mais uniquement à celle des biens de communauté prélevés par l'époux créancier; en sorte que l'action en reprise est mobilière ou immobilière, et comprise ou non dans la donation, selon que, par le partage, des meubles ou des immeubles se trouvent attribués à l'époux pour ses reprises. Arrêt du 21 février 1846 (héritiers Savary). On peut voir dans le sens de cette solution une dissertation savante insérée par M. Coin Delisle dans la *Revue de droit français et étranger*, année 1846, p. 657 et suiv.

biens qui composent la communauté, ne peuvent avoir pour le recouvrement des sommes par eux versées dans la communauté au delà de leur mise de fonds, aucun droit de créance sur ces mêmes biens; qu'ils ont seulement le droit, après la dissolution de la communauté et en cas d'acceptation par la femme, de faire cesser cette indivision par un partage; que c'est seulement lors du partage que la masse commune peut être fixée, et que les droits particuliers des époux peuvent être établis; qu'en effet, la loi règle la forme dans laquelle il doit être procédé au partage; que d'après les art. 1468 et 1469, les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants, tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité; que c'est après la composition de cette masse, et sur cette masse, qu'aux termes de l'art. 1470 chaque époux ou son héritier prélève les indemnités ou récompenses qui lui sont dues par la communauté; qu'aux termes des art. 1471 et 1474, les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari, qu'ils s'exercent sur l'argent comptant et le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté; que, lorsque les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié; que, par suite de ces opérations, les objets dépendant de la communauté qui sont attribués à chacun des copartageants, soit à titre de prélèvement, soit comme bénéfice de communauté, sont censés leur avoir appartenu; que c'est donc uniquement par le résultat de la liquidation que l'on peut reconnaître si les droits appartenant aux époux sur la masse commune, sont mobiliers ou immobiliers... »

Ainsi, de même que l'époux propriétaire sous une alternative d'une créance de deux choses dont l'une est meuble et l'autre *immeuble*, celui qui se marie avant d'avoir exercé son action sur une précédente communauté, n'apporte quant à présent rien dans la communauté nouvelle; car son droit est en suspens jusqu'au payement, c'est-à-dire jusqu'au partage. Seul l'événement du partage en fixera la nature et le caractère. Ce droit aura été mobilier, et à ce titre il sera tombé dans la communauté nouvelle, si le partage attribue des meubles au copartageant; au contraire, il aura été immobilier et par conséquent exclu de la communauté, si la part du copartageant est composée d'immeubles; enfin il aura été partie mobilier et partie immobilier, et dès lors ne sera entré que partiellement dans la communauté, si cette part comprend à la fois des objets mobiliers et des objets immobiliers.

336. L'obligation de faire ou de ne pas faire, aux termes de l'art. 1142 du Code civil, se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur : mais quel est le caractère du droit résultant d'une telle obligation en faveur du créancier? Lorsque l'obligation est novée, c'est-à-dire lorsqu'elle est convertie, par l'effet de l'inexécution, en une action en dommages-intérêts, il est incontestable que le droit est purement mobilier; par suite il tombe dans la communauté. C'est aussi l'opinion de Pothier qui la présente en ces termes (1) : « Le droit de créance qui résulte d'une obligation de dommages et intérêts, en laquelle s'est convertie une obligation primitive, par son inexécution, est un droit mobilier; car ces dommages et intérêts devant se liquider et se terminer à une somme d'argent, la créance de ces dommages et intérêts *tendit ad mobile*. »

Mais Pothier va plus loin; il enseigne ailleurs que l'*obligation* primitive elle-même, c'est-à-dire toute obligation de faire, est dans son principe purement mobilière, en ce qu'au fond elle ne consiste pour le créancier que dans une somme de deniers. Ainsi dans son introduction générale aux coutumes, on lit (2) : « La créance d'une somme d'argent... doit être assignée à la classe des biens meubles. On y doit pareillement assigner les créances qui résultent des obligations de faire ou de ne pas faire quelque chose; car l'objet de ces créances consiste dans l'intérêt qu'a le créancier que le débiteur fasse ce qu'il s'est obligé de faire, ou qu'il ne fasse pas ce qu'il s'est obligé de ne pas faire; et même lorsque le débiteur ne fait pas ce qu'il s'est obligé de faire, le créancier ne peut exiger de lui que la somme à laquelle sera réglé et estimé cet intérêt du créancier, qui fait l'objet de la créance, cet intérêt étant quelque chose de mobilier, puisqu'il consiste dans la somme d'argent à laquelle il doit être réglé et estimé ; d'où il suit que ces créances doivent être rangées sous la classe des actions mobilières. » Ailleurs, Pothier reproduit la même doctrine, et il ajoute (3) : « La créance qui résulte à mon profit du marché que j'ai fait avec un architecte pour me bâtir une maison, étant la créance d'un fait, en suivant nos principes, est une créance mobilière, d'où il suit que, quoique le terrain sur lequel cet architecte s'est obligé de construire cette maison, fût un propre de ligne auquel succède mon héritier aux

(1) *Traité de la communauté*, n° 72.
(2) V. n° 50.
(3) V. *Traité des personnes et des choses*, n^os 252 et suiv.

propres de cette ligne, néanmoins le droit que j'ai, résultant de ce marché contre l'architecte, passera à mon héritier au mobilier. »

Il nous paraît impossible d'admettre cette théorie. C'est encore par son objet, comme dans le cas d'une obligation de donner, que l'obligation de faire doit être appréciée. Or, il est inexact de prétendre que toute obligation de faire a pour objet la somme à laquelle doit être estimé l'intérêt qu'avait le créancier à ce que la chose promise fût faite. Spécialement dans l'exemple donné par Pothier, il est évident que l'objet direct et primitif de la créance est *une maison à construire* et non pas une créance de *dommages-intérêts*. Si, fidèle à sa promesse, le débiteur remplit son engagement, l'obligation aura produit un immeuble au créancier; elle a donc principalement pour objet une chose immobilière. Les dommages-intérêts viennent seulement en seconde ligne, et la créance n'en existe même que lorsque l'obligation principale s'est transformée par l'effet de l'inexécution. C'est ce que l'art. 1142 du Code civil exprime très-bien lorsqu'il dit : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire *se résout* en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » L'art. 1144 confirme ensuite puissamment cette idée, en disposant que le créancier peut aussi, dans le cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Ainsi, les dommages-intérêts forment si peu l'objet principal de l'obligation, que le refus même d'exécuter de la part du débiteur, refus qui transforme l'obligation principale et fait naître la créance de dommages, ne doit pas être une raison déterminante pour que le créancier se contente de ces dommages. Ce créancier peut en revenir à l'objet principal de l'obligation, et se faire autoriser à exécuter lui-même aux dépens du débiteur. S'il use de cette faculté, dans l'hypothèse prévue par Pothier, le créancier aura obtenu un immeuble de l'obligation; et cette obligation, considérée du moins comme créance, sera évidemment immobilière. D'après ces considérations qui nous semblent décisives, nous conclurons que comme les obligations de donner, les obligations de faire doivent être appréciées par leur objet : dès lors elles sont mobilières si leur objet principal est mobilier, et immobilières si cet objet est immobilier. C'est la doctrine qui a prévalu sous l'empire du Code civil (1).

(1) V. MM. Merlin, v° *Legs;* Toullier, t. VI, n° 408; Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.*

Donc, lorsque l'un des époux, en se mariant, est créancier, dans une obligation de faire non encore convertie par l'inexécution, la communauté qui s'établit par le fait du mariage acquiert cette créance si l'objet en est mobilier; et au contraire, elle ne l'acquiert pas si l'objet de la créance est immobilier. Ajoutons que, dans ce dernier cas, si dans le cours du mariage l'obligation vient à se transformer par l'effet de l'inexécution, et si le débiteur se libère en payant des dommages-intérêts, la communauté ne profite pas davantage de la somme payée. Cette somme est l'équivalent ou la représentation de l'obligation primitive; or, cette obligation, qui était immobilière, avait été par cela même laissée en dehors de la communauté. La communauté n'y peut donc avoir aucun droit, quel que soit le mode par lequel l'obligation vienne ensuite à s'éteindre. C'est, comme on le voit, l'application dans ce cas, des principes déjà exposés à l'occasion des obligations de donner purement facultatives (1). M. Bugnet en a fait la très-juste remarque (2); le raisonnement qui sert de base à la décision dans le cas de l'obligation facultative s'applique d'une manière parfaite à l'obligation de faire dont il s'agit ici. En effet, de même que le débiteur, dans le premier cas, peut donner une chose autre que celle faisant l'objet de l'obligation, sans altérer dans cette obligation un caractère qui se détermine par la nature de la chose réellement due; de même l'obligation de faire peut subir une transformation par un refus d'exécution de la part du débiteur, sans qu'il en résulte aucune modification dans le caractère primitif de l'obligation.

337. Par application du principe que le droit résultant d'une obligation de faire tombe dans la communauté, lorsque l'objet de cette obligation est purement mobilier, il faut décider que la créance d'un fermier, résultant du bail à lui fait d'un héritage, tombe dans la communauté. Le fermier est créancier d'un fait; mais ce fait n'a pas pour objet l'héritage que le bailleur lui a donné à ferme; le droit du fermier tend uniquement à lui faire avoir la double faculté de percevoir les fruits de l'héritage, et d'acquérir ces fruits par la perception. Or, la perception imprime à ces fruits le caractère de meubles; le droit du fermier est donc purement personnel et mobilier (3). A ce titre, il tombe dans la

(1) V. *suprà*, n° 333.

(2) V. les notes sur Pothier, *Tr. de la communauté*, n° 75 *in fine*.

(3) C'était un point qui ne faisait aucun doute dans l'ancienne jurisprudence française, et qui trouvait son appui dans la loi *Emptorem* (l. 9, au C.

communauté, non-seulement quant aux fruits, mais encore quant au droit lui-même. De là cette conséquence que la femme survivante et ses héritiers, à son défaut, peuvent, en acceptant la communauté, contraindre le propriétaire à les laisser jouir jusqu'à l'expiration du bail consenti par l'un des époux avant le mariage; comme aussi le propriétaire peut les contraindre à continuer la jouissance. Sur ce point, les anciens auteurs n'étaient pas d'accord : quelques-uns, et notamment Chopin (1), soutenaient spécialement que la veuve ne pouvait ni continuer le bail contre la volonté des héritiers, ni être contrainte à le continuer. La charge, disait cet auteur, est plus immobilière que mobilière, parce qu'elle ne se peut racheter; c'est une dette successive

De locato et conducto), d'après laquelle l'acheteur d'un héritage précédemment donné à bail pouvait expulser le fermier s'il avait acquis l'héritage sans la charge d'entretenir le bail. V. Dumoulin, sur Paris, § 30, nos 108 et suiv.; Coquille, sur Nivernais, quest. 202; Bouvot, t. I, part. 3, quest. 1, et t. II, quest. 65, p. 69; Brodeau, sur Louet, lettre L., somm. 4, t. II, p. 23; Brillon, vo *Bail*, nos 19, 42, 45; Bretonnier, sur Henrys, t. IV, p. 27; Despeisses, t. I, p. 119; Ferrière, sur Paris, art. 171, glos. 1, no 52; Rousseaud de Lacombe, *Jurisp. civ.*, vo *Bail*, sect. I et II; Pothier, *Du louage*, nos 288 et suiv., et De la *communauté*, no 71. Aujourd'hui, l'art. 1743 du Code civil ne permet plus à l'acheteur d'expulser le fermier qui a un bail ayant date certaine. De là M. Troplong a conclu que le Code civil a opéré une révolution radicale en transformant le droit de bail, de personnel et mobilier qu'il était, en un droit réel et immobilier. V. le *Comm. sur la vente*, no 321, et le *Comm. sur le louage*, t. I, nos 5 à 20, et t. II, nos 473 et suiv. C'est aussi l'opinion de MM. Fréminville, *De la minorité*, t. I, no 528, et Bélime, *Dr. de prop.*, no 309. Mais cette opinion qui trouve quelque appui dans trois arrêts, l'un de la cour de Paris, du 16 février 1808 (aff. Lapareillé), l'autre de la cour de Bruxelles, du 3 avril 1811 (aff. Vanhuffel), et le troisième de la cour de Dijon, du 21 avril 1827 (aff. Chassary), a été généralement repoussée par les auteurs. V. MM. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, no 102; Delvincourt, t. III, p. 185, 188, 198, notes; Toullier, t. III, no 388; t. VI, no 435; t. XII, no 105; Poncet, *Tr. des actions*, no 124; Duranton, t. IV, no 73, et t. XVII, no 139; Dalloz, vo *Louage*, nos 5 et suiv.; Championnière et Rigaud, t. IV, no 3032; Duvergier, *Du louage*, t. I, no 28 et nos 279 et suiv.; Ferry, *Rev. étr. et fr.*, année 1841, p. 609 et 849, et année 1842, p. 123; Devilleneuve et Carette, *Collect. nouv.*, t. VIII, part. 2, p. 356 et suiv.; Marcadé, *Élém. du dr. civ. fr.*, t. II, p. 661 et suiv., 3e édit.; Valette, dans son *Traité récent des priv. et des hyp.*, p. 193 *in fine*. Telle est aussi la doctrine qui s'induit d'un arrêt de rejet rendu par la chambre des requêtes de la cour suprême, le 14 novembre 1832 (aff. Duhamel). En présence de cette masse imposante d'autorités, il serait dangereux de présenter comme susceptible d'obtenir quelque succès la doctrine d'après laquelle le droit résultant du bail serait réel et immobilier.

(1) *Cout. d'Anjou*, liv. III, chap. II, tit. II, no 20. V. aussi Ferrières, *Cout. de Paris*, sur l'art. 21, glos. uniq., nos 13 et suiv.

pendant toutes les années du bail; comme le bail fait avant le mariage des biens du mari n'est pas réputé une dette active mobilière, qui dure après la dissolution du mariage, mais immobilière à l'égard de la femme, parce que les fruits à venir sont considérés comme immobiliers, faisant partie de la propriété, n'échéant qu'après l'extinction de la société; aussi le bail fait par le mari, des biens d'autres avant le mariage, finit avec la communauté, soit qu'il soit à charge ou profitable. Mais la doctrine contraire avait prévalu. Lebrun (1) surtout considérait que le bail est une simple obligation mobilière qui charge par conséquent la communauté; que le bail n'excédant pas neuf ans, ce n'est pas une aliénation, mais une simple jouissance, et qu'on n'accorde pas la restitution, même aux mineurs, contre les baux à loyer ou à ferme, parce qu'on les tient pour mobiliers. Tels sont aussi les principes adoptés sous le Code civil. En conséquence, on a justement conclu d'une part, que la veuve acceptante a le droit de partager les profits, et par suite de faire diviser la jouissance des terres entre elle et les héritiers de son mari, lorsque la division est possible (2); et d'une autre part, que si c'est la femme qui était fermière avant le mariage, elle ou ses héritiers renonçant à la communauté, le bail reste en entier au compte du mari ou de ses héritiers; mais que, dans ce dernier cas, la femme ou ses héritiers ne sont point dégagés de leurs obligations envers le propriétaire avec lequel elle avait contracté, sauf recours contre le mari ou ses héritiers (3).

338. Les mêmes principes sont-ils applicables aux baux à longue durée, aux emphytéoses et à quelques autres baux qui présentent avec les précédents une analogie plus ou moins grande? C'est demander, en d'autres termes, si le droit né de ces sortes de baux participe ou non de la nature du droit résultant des baux ordinaires. La négative était certaine d'après Pothier (4). Le droit d'un fermier qui résulte d'un simple bail à ferme, disait-il, est bien différent de celui d'un usufruitier, d'un emphytéote, d'un preneur par bail à longues années. Le droit de ceux-ci est un droit dans l'héritage, *jus in re*, lequel est un droit immobilier. Ceux qui ont un droit dans un héritage peuvent réclamer leur droit, en quelques mains que l'héritage passe, quoi-

(1) *Traité de la communauté*, liv. II, chap. III, sect. III, n° 35.
(2) V. M. Toullier, t. XII, n° 106.
(3) V. MM. Toullier, t. XII, n° 107, et Duranton, t. XIV, n° 126.
(4) V. *De la communauté*, n° 71.

qu'on n'en ait pas chargé les acquéreurs. Mais cette doctrine ne saurait être suivie d'une manière absolue sous l'empire de la loi nouvelle. D'abord, elle n'est pas applicable aux baux à longues années. Le Code civil ne limite pas la durée des baux quand ils sont consentis par un propriétaire jouissant de tous ses droits. La circonstance qu'il a été assigné à un bail un terme plus éloigné que les termes ordinaires, ne suffit donc pas à elle seule pour changer la nature du droit; et puisque le droit résultant des baux ordinaires est purement mobilier, on doit reconnaître qu'en principe le droit au bail à longues années est également mobilier. Seulement, les circonstances particulières, les termes du contrat, peuvent faire reconnaître, dans les parties, l'intention de constituer un usufruit à temps; alors la solution ne doit plus être la même : immobilier par son objet même, le droit résultant d'une telle convention est acquis à la communauté. Mais en dehors de ces circonstances, l'idée de louage prévaut, la convention constituât-elle même un bail à vie; et purement mobilier, le droit au bail, dans ce cas, doit tomber dans la communauté, comme le droit résultant de tout bail ordinaire.

L'emphytéose donne lieu à plus de difficulté. Toutefois, dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, l'emphytéose est proclamée droit réel immobilier, transmissible aux successeurs universels ou particuliers de l'emphytéote, pendant un laps de temps qui peut s'étendre à quatre-vingt-dix-neuf ans. C'est, comme on voit, la consécration de la doctrine de Pothier. Nous remarquerons cependant que le Code civil n'a pas parlé une seule fois de l'emphytéose; elle était mentionnée dans l'art. 15 de la loi du 8 novembre 1814, sur l'ancienne liste civile, mais l'expression n'y était employée que par opposition avec le bail d'une durée ordinaire, c'est-à-dire celui qui n'excède pas neuf années; et en effet, on remarque que l'expression a disparu, dans la loi du 2 mars 1832, sur la nouvelle liste civile, où l'on dit seulement (art. 11) que la durée des baux des biens de la couronne n'excèdera pas *dix-huit années*, à moins qu'une loi ne l'autorise, etc. Ce silence du législateur moderne sur un droit connu comme l'était l'emphytéose au moment où le Code civil a été promulgué, semble indiquer que si l'emphytéose existe en fait encore aujourd'hui, le législateur n'a pas du moins entendu la créer comme un droit spécial et distinct, l'instituer comme droit de jouissance d'une nature différente de celle qui appartient au droit résultant des baux ordinaires ou à longue durée. Telle est, au surplus, l'opinion émise par quelques juris-

consultes (1). Mais, comme nous l'avons dit, la doctrine contraire prévaut (2), et la jurisprudence s'est prononcée dans ce dernier sens (3). La généralité des auteurs et les tribunaux estiment que le Code civil n'a ni changé ni modifié les règles concernant l'emphytéose; que ce contrat a toujours été considéré comme ayant un caractère particulier, et qu'il n'a jamais été confondu avec le droit de louage; que, suivant la législation encore existante, le preneur a le droit, pendant toute la durée de l'emphytéose, d'exercer l'action *in rem* contre ceux qui le troublent dans sa possession et contre le bailleur lui-même; que l'emphytéote a la faculté de disposer de tout ce qu'il possède à ce titre, par vente, échange ou donation, et par affectation hypothécaire, à la charge des droits du bailleur : et de tout cela ils concluent que l'emphytéose constitue un droit réellement immobilier. Ce sont là les dernières données de la science; il appartient moins à notre matière qu'à un traité de la propriété de les approfondir et de les discuter; nous nous bornerons donc à les constater, et, tirant la conséquence au point de vue où nous sommes placés, nous dirons qu'à la différence du droit résultant des baux ordinaires ou à longues années, celui que confère l'emphytéose ne tombe pas dans la communauté.

Quant aux autres baux qui se rapprochent plus ou moins de l'emphytéose et dont certains sont encore en usage dans quelques contrées de la France, ils impliquent, dans l'état de la législation établie par les lois des 11 août 1789 et 18-29 décembre 1790, ou une transmission complète de la propriété ou des baux ordinaires.

(1) V. MM. Delvincourt, t. III, p. 185, note 1; Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 97; Toullier, t. III, n° 101; Grenier, *Des hyp.*, t. I, n° 143; Fœlix et Henrion, *Tr. des rentes foncières*, p. 28; Zachariæ et ses annotateurs, t. I, p. 414 et 415; Championnière et Rigaud, *Contrôleur*, art. 2298. C'est encore dans ce sens que vient de se prononcer M. Valette. V. *Tr. des priv. et hyp.*, t. I, p. 191 et suiv. M. Devilleneuve incline aussi vers cette solution, année 1840, I, 433.

(2) V. MM. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Emphytéose*, sect. v, n° 8; Favard de Langlade, v° *Hypothèque*, n° 2; Persil, sur l'art. 2118, n° 15; Duranton, t. IV, n° 80, et t. XIX, n° 268; Troplong, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 405, et *Du louage*, n^os 31 et suiv.; Duvergier, *Du louage*, t. I, n^os 154 et suiv.; Battur, *Des hyp.*, t. II, n° 246; Pépin le Halleur, *Hist. de l'emphytéose*, p. 330 et suiv.; Marcadé, t. II, p. 352, 3^e édit.

(3) V. *Req. rej.*, 19 juillet 1832 (aff. Bony), et deux arrêts, l'un de cassation et l'autre de rejet, du 1^er avril 1840 (aff. Demessine et aff. David); *Adde*, *Civ. cass.*, 24 juillet 1843 (aff. Vauluburgh), Douai, 15 décembre 1832 (aff. Huart).

Par exemple, le contrat de superficie n'est autre chose que la cession de la pleine propriété d'un édifice, d'une construction faite par le propriétaire du sol, qui se réserve le sol lui-même pour en reprendre la jouissance quand la construction aura disparu. C'est là une acquisition immobilière faite par le *superficiaire*, et par suite, lorsque l'acquisition a été faite avant le mariage, la communauté y demeure étrangère, du moins quant au droit de superficie lui-même.

Il en est ainsi, en partie toutefois, du bail à *domaine congéable* ou *bail à convenant*. Encore fort en usage dans plusieurs départements de l'ancienne Bretagne, ces baux, qui avaient été confirmés par les lois du 7 juin, 6 août 1791, et 9 brumaire an VI, et qui l'ont été plus récemment par la loi électorale du 19 avril 1831 (art. 9), contiennent à la fois une vente et un louage. Le preneur à domaine congéable a toujours été considéré comme propriétaire pour un temps déterminé des superficies et des édifices existant sur le fonds, ainsi que des constructions et des améliorations qu'il y peut faire ; de tout temps il a été regardé comme ayant la faculté de donner hypothèque sur ces constructions; seulement, en ce qui concerne les constructions nouvelles, le bailleur a eu le droit toujours de les réunir à son domaine en en remboursant la valeur, à dire d'experts (1). Mais le bailleur a été de tout temps considéré comme propriétaire du fonds et comme l'ayant simplement donné à bail pour un temps limité, dont la durée est déterminée par les usages des lieux (2). Cela étant, le droit résultant de la convention est exclu de la communauté, quant aux constructions, puisqu'à cet égard il y a vente immobilière ; mais le droit tombe dans la communauté, quant au bail des terres, puisque le preneur en jouit comme un fermier ordinaire.

Le bail à rente foncière conférait au preneur la propriété de l'immeuble, sauf pour le bailleur un droit de copropriété représenté par son droit de rente perpétuelle. Toute rente ou redevance perpétuelle étant aujourd'hui rachetable, le bail à rente foncière n'est plus qu'une vente dont le capital à rembourser forme le prix. Le droit résultant d'un tel bail est donc

(1) V. le *Nouv. Denisart*, v° *Bail à domaine congéable*, § 2, n° 1; et MM. Championnière et Rigaud, n^os^ 3063 et suiv.

(2) Ceci doit être entendu sauf le droit de rachat qui a appartenu au preneur dans l'intervalle de la loi du 27 août 1792, abolitive du bail à domaine congéable, à celle du 9 brumaire an VI, qui, à son tour, a aboli cette dernière loi. V. à cet égard un arrêt récent de la cour suprême. *Civ. cass.* 18 novembre 1846 (hérit. Leseach c. Corvé).

exclu de la communauté ; seulement si le rachat a lieu des deniers de la communauté, l'époux propriétaire devra récompense.

Le bail à complant est un contrat par lequel le propriétaire de terres en rapport ou de terrains non cultivés, les cède à un fermier pour que celui-ci les plante entièrement d'arbres quelconques, mais presque toujours de vignes, s'ils sont incultes, ou pour qu'il les cultive, s'ils sont déjà plantés, le tout moyennant une redevance annuelle en fruits ou en argent appelée *complanterie*, et avec la condition que, faute par le preneur de remplir exactement ses obligations, le bail sera résolu sans formalité de justice. Quand une telle concession est temporaire, elle constitue un simple bail ; les règles ci-dessus exposées relativement aux baux ordinaires sont donc complétement applicables. Quand la concession est perpétuelle, elle constitue, suivant les localités, ou une rente ou un bail dont la durée dépasse celle des baux ordinaires. En effet, dit très-bien M. Marcadé (1), « dans la plupart des provinces (le Poitou, le Maine, l'Aunis, la Saintonge, l'Anjou, etc.) le bail perpétuel à complant opérait translation de la propriété, tout en laissant au bailleur un droit de copropriété pour sa redevance ; c'était donc un véritable bail à rente foncière qui serait aujourd'hui une vente, ainsi qu'on vient de le voir. Dans la Bretagne, au contraire, le bail, quoique perpétuel, ne transférait pas la propriété, qui restait tout entière au preneur. En conséquence, les avis du conseil d'état du 4 thermidor an VIII et du 23 messidor an X (2), décident que les lois

(1) T. II, p. 334, 3e édit.

(2) L'arrêté du 4 thermidor an VIII est relatif aux baux à complant usités dans la Loire-Inférieure. On y lit : « Après avoir vu quinze baux de vignes à complant... ensemble un acte de notoriété du tribunal civil du département de la Loire-Inférieure, du 4 nivôse an VIII ; — considérant que, d'après ces actes, il est évident que le bail à complant ne transfère au preneur aucun droit sur la propriété des biens qui en sont l'objet ; que celui-ci, ses héritiers ou représentants, ne possèdent qu'au même titre et de la même manière que les fonciers ordinaires, sauf la durée de la jouissance ; que la contribution foncière est due et payée par le bailleur, circonstance qui détermine avec encore plus de précision le caractère de cette teneur, et qu'on ne pourrait considérer les colons ou fermiers comme propriétaires des biens qu'ils tiennent à complant, sans rendre inutiles et sans valeur des bâtiments, celliers et pressoirs répandus sur la surface du territoire appartenant aux bailleurs, et destinés par eux à l'exploitation des fruits dont leurs fermiers ou colons sont redevables envers eux... — Est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de recourir au législateur pour maintenir ou conserver dans la main des bailleurs ou de leurs héritiers ou représentants, la propriété des biens concédés sous le titre de bail à complant dans le département de la Loire-Inférieure ; que la portion des fruits que s'y

de la révolution n'apportent aucun changement aux baux à complant dans les départements de la Loire-Inférieure, de la Vendée, de Maine-et-Loire, et partout où les clauses de l'acte caractérisent la réserve de la propriété au bailleur, parce qu'alors c'est vraiment un bail ordinaire, sauf la durée. » On voit d'après cela que le bail à champart crée un droit tantôt mobilier et tantôt immobilier. Donc ce droit, lorsqu'il est entre les mains de l'un des époux au moment du mariage, tantôt tombe dans la communauté et tantôt en est exclu.

Le champart, agrier, terrage ou bail à locatairie, est une concession perpétuelle ou temporaire moyennant une portion de fruits : lorsqu'elle est temporaire, elle constitue le bail ordinaire, sauf la durée qui peut dépasser celle des baux ordinaires ; lorsqu'elle est perpétuelle, elle est translative de la propriété. Mobilier dans le premier cas, et immobilier dans le second, le droit est donc, suivant les circonstances, au nombre des biens qui, possédés par les époux au moment du mariage, tombent dans l'actif de la communauté légale ou en sont exclus.

Le bail à métairie perpétuelle, connu autrefois dans la Marche et dans le Limousin, se distinguait du bail à locatairie perpétuelle dont nous venons de parler. C'était un bail assez semblable au bail héréditaire de l'Alsace, et comme celui-ci, il ne transférait pas la propriété. L'un et l'autre d'une durée illimitée, ils s'étendaient de génération en génération : mais le caractère de perpétuité ne leur appartenait pas réellement ; car ils passaient seulement aux descendants directs du preneur, jamais aux parents collatéraux. Le droit créé par une telle convention était purement mobilier, et susceptible par conséquent de tomber dans la communauté légale.

339. On voit, par tout ce qui précède, dans quelle mesure

sont réservés les bailleurs doit leur être payée sans difficulté par les preneurs, lesquels ne peuvent forcer les bailleurs d'en recevoir le rachat... » L'arrêté du 23 messidor an x, intervenu sur la demande d'habitants des départements de Maine-et-Loire et de la Vendée, a statué qu'il n'y avait pas lieu qu'une décision spéciale rendît commun l'arrêté de l'an IV à ces départements ni à aucun autre ; mais qu'il suffisait que les principes fussent rétablis dans cet arrêté pour qu'ils dussent recevoir leur application *partout où les clauses de l'acte caractérisent la réserve de la propriété au bailleur*. Donc, partout où cette réserve est caractérisée, le bail à complant n'est pas translatif de la propriété au bailleur ; partout ailleurs le bail transfère la propriété. Par où l'on voit que l'on ne saurait, à l'exemple de quelques auteurs (V. notamment M. Duranton, t. IV, nos 83 et suiv.), présenter les avis précités du conseil d'état comme une dérogation de faveur au principe de rachat posé dans les lois de 1790.

le droit ou l'obligation qui a pour objet soit le recouvrement d'une chose soit l'accomplissement d'un fait, doit être réputé mobilier, et par suite acquis à la communauté légale; il n'est pas nécessaire d'insister davantage sur cette première espèce de biens incorporels auxquels l'art. 529 assigne la qualité de meubles. Nous passons donc aux actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, auxquelles l'art. 529 encore attribue le même caractère.

L'action ou l'intérêt (1) dans une société est le droit à une fraction de l'actif actuel et du bénéfice à réaliser. Si la société ne possède que des biens meubles et des valeurs mobilières, il ne peut y avoir aucun doute sur la nature du droit résultant de l'action ou de l'intérêt; ce droit est purement mobilier : en sorte que si l'un des actionnaires ou des intéressés dans une société dont l'actif est ainsi constitué se marie pendant la durée de la société, le droit qui lui appartient comme sociétaire passe immédiatement à la communauté légale.

340. Mais l'art. 529 du Code civil va plus loin. Il déclare meubles « les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, *encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies.* — Ces actions ou intérêts, ajoute l'art. 529, sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. » Ainsi la possession d'immeubles ne change pas la nature mobilière des actions ou de l'intérêt de chaque associé; et cela se conçoit à merveille : c'est une conséquence du principe d'après lequel la nature d'un droit se détermine par l'objet de ce droit. Or, dans toute société industrielle ou commerciale, l'objet principal des associés est de se procurer des bénéfices. La circonstance que la société possède des immeubles ne modifie rien à ce but commun des sociétaires : ainsi, en construisant des bâtiments, ils n'ont pas eu pour but d'avoir une propriété bâtie, mais bien

(1) *Action* et *intérêt* sont des expressions différentes, dont la signification ici est assez semblable, sauf que la seconde a un caractère de généralité qui manque à la première. Elles indiquent l'une et l'autre le droit à une quote-part de l'actif actuel et futur d'une société; dans cette acception, on comprend que le mot *intérêt* est le genre, et que le mot *action* est l'espèce. En effet, dit M. Marcadé : « Tout actionnaire est un intéressé, mais tout intéressé n'est pas un actionnaire. On n'a jamais deux ou trois intérêts, on n'en a qu'un qui est plus ou moins grand; celui qui n'a qu'un quart d'action a aussi un intérêt. D'ailleurs, si la société n'est pas formée par actions, les associés ne sont plus actionnaires, et ils sont toujours intéressés. » V. t. II, p. 375, 3e édit.

de parvenir à fabriquer leurs produits pour les mettre ensuite dans la circulation et les réaliser au moyen de la vente. Les immeubles ne sont donc, à l'égard des associés du moins, que des instruments de production ou des moyens propres à seconder le résultat désiré, c'est-à dire, un bénéfice pécuniaire. Et voilà pourquoi l'art. 529 attribue aux actions ou intérêts, relativement aux associés et tant que dure la société, le caractère de meubles, alors même que des immeubles dépendent de la société. Par cela même, la possession d'immeubles par la société, être moral sur lequel repose la propriété, n'empêche pas que le droit de l'actionnaire ou de l'intéressé qui se marie pendant la durée de l'association ne passe immédiatement à la communauté légale fondée par le mariage.

341. Le droit passe à la communauté légale, c'est-à-dire que la communauté devient cessionnaire et que relativement à ce droit, elle se met aux lieu et place de l'époux originairement actionnaire ou intéressé. De là il suit que la société commerciale venant à se dissoudre et à être liquidée après la célébration du mariage, la communauté prend, comme représentation du droit qu'elle a acquis, les objets quels qu'ils soient, attribués par la liquidation au sociétaire et qui seraient devenus la propriété exclusive de ce dernier s'il avait conservé personnellement ses actions ou son intérêt dans la société. Toutefois, M. Zachariæ (1) enseigne que « si la compagnie venait à être dissoute pendant le mariage, et que des immeubles échussent en partage à l'époux actionnaire, ces immeubles n'entreraient point en communauté. » Mais contredite par les annotateurs de M. Zachariæ (2), et par la généralité des auteurs (3), cette doctrine ne saurait en effet être suivie. La communauté avait été substituée, comme nous l'avons dit, à l'époux actionnaire, en ce qui concerne le bénéfice des actions ou de l'intérêt; c'est avec la communauté que se fait la liquidation et le partage de la société dissoute; c'est donc pour elle seulement que doit se réaliser la copropriété qui s'était attachée en expectative à l'action ou à l'intérêt commercial ou industriel. La solution contraire ne peut être fondée que sur une analogie prétendue entre ce cas et celui que prévoit l'art. 1408 dont il sera parlé à l'article suivant, relativement à la licitation faite pendant le mariage d'un immeuble

(1) V. § 171 *in fine*, 2e édit., t. I, p. 347. V. *Conf.* M. Toullier, t. XII, n° 97.
(2) V. *loc. cit.*, note 13.
(3) V. notamment MM. Duranton, t. IV, n° 127, et t. XIV, n° 122, et Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 53.

échu antérieurement à l'un des deux époux. Mais l'analogie est des plus trompeuses, car si l'acquisition, dans le cas prévu par l'art. 1408, ne forme pas un conquêt, c'est que le droit à l'immeuble était constant avant le mariage pour l'époux auquel l'immeuble était échu; tandis que dans le cas actuel, l'époux avant le mariage n'avait aucun droit à l'immeuble social, ou tout au moins, le droit qu'il avait était purement mobilier et de nature, par conséquent, à être dévolu d'une manière définitive à la communauté par l'effet du mariage.

342. Il reste maintenant à déterminer les limites dans lesquelles doit être renfermée l'application de la règle qui fait tomber dans la communauté les actions ou l'intérêt dans une société alors même que des immeubles en dépendent.

D'abord, l'art. 529 parle des compagnies de commerce, de finance ou d'industrie. La règle qu'il pose n'est donc pas applicable aux sociétés purement civiles. Ces sociétés, nous l'avons déjà établi (1), ne supposent pas un être moral possédant les choses communes, ayant un droit distinct de celui des associés. A la différence de la société commerciale, la société civile est une collection d'individus ayant des intérêts communs. Ainsi, en supposant que des immeubles dépendent d'une telle société, chaque associé doit en être considéré comme copropriétaire pour sa part; en sorte que le droit de chacun ayant pour objet une partie des immeubles, il est vrai de dire que ce droit est immobilier, en tout ou en partie, suivant que la société n'a que des immeubles, ou tout à la fois des meubles et des immeubles. Celui des époux qui, en se mariant, aurait un intérêt dans une société de ce genre, le conserverait en propre, si ce n'est pour la portion qui, ayant pour objet les meubles de la société, serait, par ce motif, mobilière.

343. Mais dès qu'il s'agit d'une société de commerce, d'industrie ou de finance, il n'y a plus à distinguer si l'objet de l'association présente plus ou moins d'importance. La loi ne parle que des compagnies, il est vrai : et de là on a conclu que sa disposition n'a d'effet que relativement aux actions ou à l'intérêt dans les associations dont les membres sont en grand nombre, les capitaux considérables, les entreprises relevées soit par leurs risques, soit par leur importance (2). Cette pensée restric-

(1) V. *suprà*, n° 296.

(2) V. MM. Toullier, n^os 97 et 101; Dalloz aîné, *Rec. alph.*, t. X, p. 184, n° 13.

tive ne doit assurément pas être accueillie. Toutes les sociétés commerciales, soit qu'à raison de leur importance on puisse les qualifier de compagnies, soit que, plus modestes dans leurs opérations, elles retiennent la dénomination de société, *sont* soumises aux mêmes règles : la différence entre elles est une différence de fait, nullement de droit. Dans tous les cas, l'association forme une personne morale ayant ses intérêts distincts de ceux des associés, dont le but est toujours un gain pécuniaire ; dans tous les cas, lorsque des immeubles dépendent de l'opération, c'est l'être moral qui les possède pendant la durée de la société ; c'est contre lui seul que l'expropriation pourrait être suivie par les créanciers ; lui seul qui pourrait conférer hypothèque ; et quant aux associés, ils n'ont jamais qu'un droit contre la société, celui de demander un dividende en argent. *Comment* donc leur intérêt ou leurs actions pourraient-ils n'être pas mobiliers ?... Et comment par suite, si l'un des associés se marie pendant la durée de la société, son intérêt ou ses actions demeureraient-ils en dehors de la communauté légale établie par le mariage ?

344. On ne doit pas non plus admettre une autre restriction proposée également par quelques auteurs (1) d'après lesquels la fiction de la loi *ne s'appliquerait qu'aux immeubles accessoires à l'exploitation et nécessaires* à l'entreprise pour fonctionner. Dans ce système, l'acquisition des immeubles, dans un but quelconque autre que le service de l'exploitation, aurait pour effet de rendre les actions ou l'intérêt immobiliers pour partie. Le tort de cette doctrine est de supposer que le principe posé dans l'art. 529 du Code civil a eu pour base la maxime que l'accessoire suit le sort du principal, et pour objet de réputer meubles, comme accessoires, les immeubles dépendants de la société. Il est manifeste que le principe procède d'une toute autre idée et qu'il a une signification tout à fait différente. Cela a été très-nettement établi par M. Marcadé. Voici comment s'en explique ce judicieux auteur : « ... La loi ne dit pas que les *immeubles* dont il s'agit *sont réputés meubles*. S'il en était ainsi, s'ils étaient meubles comme accessoires d'une entreprise meuble, ils seraient tels tout aussi bien pour l'ensemble de la société que pour chaque associé séparément. Or, la loi ne dit pas cela ; elle dit que *mon action est mobilière*, même quand la société possède des immeubles (lesquels restent toujours im-

(1) V. MM. Toullier, t. XII, n° 98, et Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conj.*, n° 30.

meubles), par la raison toute simple que ces immeubles ne sont pas à moi, mais à la société, personne morale, distincte des divers associés ; mon action est et reste toujours meuble, parce que, soit que la société ait ou n'ait pas d'immeubles, mon action n'est jamais qu'une *créance* contre cette société. Il n'est question là dedans ni d'accessoire et de principal, ni d'immeubles réputés meubles (1). » Ainsi donc, la règle posée par l'art. 529 ne comporte pas la restriction proposée, et d'après tout ce qui précède on peut dire que même en présence d'immeubles appartenant à la société, les actions ou l'intérêt dans cette société sont meubles et passent à ce titre à la communauté légale, soit que les immeubles jouent uniquement le rôle d'instruments de production, soit qu'ils aient été acquis pour servir de lieu de dépôt aux produits fabriqués, soit qu'ils aient été destinés à être eux-mêmes l'objet direct de la spéculation.

Sur ce dernier point, le principe a été consacré par la jurisprudence, mais non sans quelques difficultés. On a dit que lorsque plusieurs personnes se réunissent en société, par exemple pour acheter une propriété, pour creuser un canal, chacune est co-propriétaire de l'immeuble, en telle sorte que ses actions sont le titre constitutif de sa propriété. Sur ce fondement, la cour de Paris a jugé que les actions sur les produits du péage perçu sur le canal de Briare sont immobilières comme le canal lui-même, à l'égard de chaque associé (2). Mais cette doctrine, que rien ne justifie, ni dans l'esprit ni dans le texte de la loi, a été repoussée par la cour suprême, à l'occasion des actions de la compagnie de ce même canal de Briare. Il s'agissait d'une vente d'actions sur laquelle la régie, en se fondant précisément sur l'arrêt précité de la cour de Paris, avait perçu un droit de vente immobilière. Mais la cour de cassation, saisie de l'affaire, déclara que ce droit devait être réduit à celui de la vente des meubles, « attendu, entre autres motifs, que d'après la généralité des expressions de l'art. 529, les produits divisés entre les actionnaires ou intéressés des droits de péage perçus sur les denrées, marchandises ou objets quelconques transportés par le canal de Briare en vertu d'une concession ancienne du souverain, et en faveur d'une association autorisée par lui, quoique à raison de cette entreprise, cette même association soit co-propriétaire d'immeubles d'une valeur plus ou moins importante, que ces produits doivent être

(1) V. t. II, p. 377, 3e édit.
(2) Arrêt du 17 février 1807 (aff. Fillemin).

réputés meubles, et sont nécessairement compris dans l'application de l'art. 529, puisque aucun des individus qui composent le corps de l'association n'est propriétaire des immeubles appartenant à l'association pendant la durée de la société (1)... » Depuis, la cour de cassation a fait une application plus large encore du même principe, en décidant que la transmission faite par un associé de ses droits sur des immeubles indivis *mis en commun par les co-propriétaires pour former le fonds d'une société commerciale*, constitue, encore bien que la société ne soit pas divisée en actions, une transmission mobilière (2).

345. Il convient néanmoins de réserver, suivant les circonstances, les actions de la Banque de France et les actions de la Compagnie des canaux d'Orléans et de Loing. Ces actions peuvent, par exception au principe posé dans l'art. 529 du Code civil, être immobilisées par la volonté du propriétaire, les premières en vertu du décret du 16 janvier 1808 (art. 7), les secondes en vertu d'un autre décret du 16 mars 1810 (art. 13). Donc, si l'immobilisation a eu lieu avant le mariage, ces actions *sont* exclues de la communauté en vertu de la règle qui laisse en dehors de cette communauté les immeubles appartenant aux époux au moment du mariage, règle qui sera développée dans l'article suivant.

346. Nous avons supposé jusqu'ici que la société durait encore au moment où l'un des associés a contracté mariage. Mais les solutions précédentes doivent être modifiées si la société est déjà dissoute au moment où le mariage est célébré. L'art. 529, comme on l'a vu, n'assigne aux actions dans les sociétés commerciales auxquelles appartiennent des immeubles la qualité de meubles que *tant que dure la société*. C'est qu'en effet, lorsque la société est dissoute, les immeubles ne peuvent pas appartenir à un être moral qui n'existe plus : or comme la propriété ne peut jamais demeurer incertaine, les associés chacun pour sa part sont eux-mêmes propriétaires des immeubles par indivis. Dans cette situation, quel sera le sort de l'action ou de l'intérêt appartenant à l'associé qui contracte mariage? Cette action deviendra-t-elle commune ou restera-t-elle propre à cet époux? A notre avis, la question doit se résoudre par la règle suivie dans le cas où l'un des époux était co-héritier avant son mariage dans une succession à la fois mobilière et immobilière. En d'autres termes : la

(1) *Req. rej.*, 14 avril 1824 (aff. Lechanteur).
(2) *Req. rej.*, 14 août 1833 (aff. de Bruyn).

nature du droit de l'époux est indéterminée jusqu'à l'événement qui fait cesser l'indivision, c'est-à-dire jusqu'au partage : en vertu de sa nature purement déclarative, le partage, fait sans fraude, aura pour effet de faire considérer l'époux comme ayant été toujours et exclusivement propriétaire des objets provenant de la société dissoute et échus dans son lot; en sorte que la communauté retiendra, dans son actif, tout le mobilier échu au sociétaire, et ne profitera en aucune sorte des immeubles attribués à ce dernier par le partage.

347. Enfin, l'art. 529 classe parmi les meubles par la détermination de la loi : « les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers. » La combinaison de cet article avec l'art. 1401 du Code civil fait donc entrer dans la communauté légale qui s'établit par la célébration du mariage, le droit lui-même, c'est-à-dire le capital des rentes appartenant à l'un ou à l'autre des époux au moment où le mariage est célébré. Toutefois, la doctrine, la jurisprudence et la législation présentent sur ce point certaines nuances qu'il convient de signaler.

348. La conséquence qui s'induit de la combinaison des articles 529 et 1401 reçoit une exception relativement aux rentes sur l'État, lorsqu'en vertu de quelques actes législatifs (v. les actes du 30 mars 1806 et 14 août suivant, et le décret du 1er mars 1808), ces rentes ont été immobilisées pour la formation d'un majorat. Il est vrai que toute institution de majorat est désormais interdite par la loi du 12 mai 1835. Mais cette loi n'en a pas moins laissé subsister, soit d'une manière absolue, soit avec certaines restrictions quant à la durée, les majorats formés avant sa promulgation. Il est donc certain que les rentes qui, antérieurement à la promulgation de la loi de 1835, se trouvaient immobilisées entre les mains de l'époux au moment du mariage, sont, quant au principal, demeurées propres à cet époux.

349. D'autres exceptions existent encore qui ont une cause analogue; elles tiennent à la différence entre l'état ancien et l'état fondé par la législation nouvelle relativement à la nature des rentes. Meubles aujourd'hui par la détermination de la loi, les rentes n'ont pas eu toujours ce caractère. Autrefois, au contraire, et même jusqu'à la promulgation du Code civil, les rentes constituaient, en général du moins, une valeur immobilière. En effet, on distinguait les rentes en perpétuelles et en viagères; les premières étaient subdivisées en rentes constituées et en rentes foncières. Quant aux rentes foncières, elles étaient immobilières partout; et ce n'était là qu'une conséquence de la

nature même de la convention. La rente foncière était celle qui était due par le fonds d'un immeuble corporel, fonds dont la rente tenait lieu et auquel elle était subrogée. Le propriétaire de l'immeuble qui en faisait la cession perpétuelle au moyen d'une rente, transférait la propriété, mais avec rétention d'un droit à l'argent ou aux fruits, droit que l'on considérait comme un démembrement de la propriété elle-même. Ainsi, la rente était foncière, non pas seulement parce qu'elle avait pour cause la cession d'un fonds, mais encore et plus particulièrement parce qu'elle était un droit sur le fonds; si bien que la rente était due par l'immeuble lui-même, que le preneur pouvait se libérer en déguerpissant, et qu'il était libéré si l'immeuble venait à périr. Dans un tel état de choses, on le comprend bien, la rente foncière ne pouvait être considérée que comme un droit réel immobilier.

Les rentes constituées étaient celles qui avaient été créées par l'abandon d'un capital fourni en deniers (1). Elles étaient toujours rachetables, non pas d'une manière absolue, car le créancier ne pouvait pas exiger le remboursement si ce n'est dans

(1) *Cette définition de la rente constituée*, définition que le Code a maintenue. (V. l'art. 1909), n'a plus aujourd'hui le caractère de vérité qu'elle présentait autrefois. Sous l'influence des principes qui défendaient le prêt à intérêt, la constitution de la rente avait été imaginée comme un moyen d'échapper à la prohibition. Un capital était aliéné non pas à titre de prêt, mais comme un prix que l'on attachait à l'achat d'une rente, d'où était venu le mot *rachat*, pour exprimer la libération du vendeur de la rente, lorsqu'il désintéressait l'acheteur en remboursant le prix que celui-ci avait payé. Il était donc rigoureusement vrai de dire alors que la rente constituée était la rente créée par l'abandon d'un capital fourni en deniers; car c'était toujours, ou le plus souvent de cette manière, que la rente s'établissait. Mais aujourd'hui que le prêt à intérêt est permis par la législation, l'abandon d'un capital en deniers est la cause la plus rare de la rente constituée; et l'on peut dire que la définition de l'art. 1909 repose bien moins sur l'exactitude des faits que sur la tradition. Dans la réalité, quelque cause qu'on doive lui assigner, soit qu'elle provienne d'un versement de deniers, soit qu'elle ait été établie par transaction, donation, testament, cession d'un fonds de commerce, abandon de denrées, de marchandises, ou d'autres objets mobiliers, toute rente est aujourd'hui une rente constituée. La rente foncière elle-même, dont la dénomination d'ailleurs a cessé aussi d'être exacte en présence de l'art. 530 qui la déclare rachetable par un capital, la rente foncière que la loi a classée à part, n'a été considérée elle-même par nombre d'auteurs que comme une rente *constituée* au moyen d'un fonds. V. MM. Toullier, t. III, n° 21; Duranton, t. IV, n° 144; Jourdan, dans la *Thémis*, t. V, p. 321 et suiv.; Zachariæ, t. III, p. 104 et 105; Marcadé, t. II, p. 381, 3e édit. — V. cependant M. Troplong, *Du prêt*, n° 425.

certains cas prévus par la loi ou par la convention, mais en ce sens que le débiteur pouvait se libérer, quand il le voulait, en remboursant le capital. Il n'en était pas de la rente constituée comme de la rente foncière : relativement à celle-ci, on l'a vu, c'était l'immeuble qui devait la rente ; dans la rente constituée, c'était la personne elle-même, en sorte que le débiteur ne pouvait pas se libérer en déguerpissant l'immeuble qu'il avait hypothéqué à sa dette ; et alors même que l'immeuble changeait de main, le débiteur restait le même, sauf, pour le créancier, l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs. Cette différence qui existait entre la rente foncière et la rente constituée avait fait attribuer, dans quelques pays, à cette dernière le caractère de meubles (1). Toutefois, et quelque raisonnable qu'elle fût, cette conséquence n'avait pas été déduite par toutes les coutumes ; la plupart, au contraire, réputaient immeubles les rentes constituées ; les coutumes de Paris et d'Orléans contenaient à ce sujet des dispositions expresses (2), et formaient le droit commun pour les pays dans lesquels la coutume locale ne s'était pas expliquée.

Enfin, quant aux rentes temporaires dans la catégorie desquelles les rentes viagères se plaçaient tout naturellement, il y avait plus d'incertitude dans la jurisprudence. Quelques auteurs pensaient qu'elles devaient toujours être réputées meubles ; d'autres estimaient qu'à l'égal des rentes constituées, elles devaient être déclarées immeubles (3).

(1) C'était la règle dans les pays de droit écrit, à l'exception de ceux qui étaient situés dans le ressort du parlement de Paris. Il en était ainsi encore d'après quelques coutumes, notamment d'après celles de Reims, art. 18, et de Troyes, art. 66. Enfin dans les coutumes de saisine et de nantissement, la rente constituée était meuble jusqu'à ce que le contrat eût été ensaisiné et nanti, et dans d'autres elle n'était immeuble que lorsqu'on lui avait spécialement affecté un immeuble foncier : telle était la règle, notamment à Mantes et à Montfort. V. Pothier, *De la communauté*, n° 84.

(2) Aux termes de l'art. 94 de la *Cout. de Paris :* « Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées. » V. aussi *Cout. d'Orléans*, art. 191 et 351. La *Cout. de Blois* contenait dans son art. 157 une disposition contraire ; mais, de l'aveu de tous les anciens praticiens, la disposition de cet article n'était pas observée, et l'on tenait que, comme dans les *Cout. de Paris et d'Orléans*, les rentes constituées devaient être réputées immeubles. V. Pothier, *loc. cit.*

(3) V. sur ce point le résumé de doctrine et de jurisprudence présenté par Pothier dans son *Tr. de la communauté*, n° 90. D'ailleurs, Pothier lui-même inclinait vers l'opinion qui attribuait aux rentes viagères le caractère mobilier. V. *Tr. des personnes et des choses*, n° 261.

Tel était, relativement à la nature des rentes, l'ancien état de choses. La législation transitoire y vint apporter un changement très-notable que l'art. 529 du Code civil n'a fait que confirmer.

D'abord, la loi des 24 août-13 septembre 1793, sur la dette publique, loi dont le but, comme on le sait, fut de faire disparaître l'origine de la rente, convertit tous les contrats de rente sur l'état en de simples inscriptions sur le grand livre, où ne devait figurer aucune énonciation du capital fourni originairement, ni des causes de la constitution. Le transfert, sans aucune formalité pour purger, fut substitué à l'ancienne forme de la reconstitution, et à celle des ventes ou transports sujets aux lettres de ratification ; et désormais les rentes sur l'état se rangèrent parmi les biens non susceptibles d'être grevés d'hypothèques. Plus tard, la loi du 11 brumaire an VII sur le régime hypothécaire étendit à toutes autres rentes constituées, aux rentes foncières et aux prestations déclarées rachetables par la loi, un état de choses qui s'appliquait exclusivement, d'après la loi de 1793, aux rentes sur l'état. C'est ce qu'exprime la loi précitée de l'an VII dans son art. 7, où il est dit : « Les rentes constituées, les rentes foncières et les autres prestations que la loi a déclarées rachetables, ne pourront plus à l'avenir être frappées d'hypothèque. » A partir de la promulgation de cette loi, toutes les rentes constituées, et même les rentes foncières, sont devenues meubles par la détermination de la loi (1), et le Code civil a consacré cette mobilisa-

(1) Cette appréciation n'est pas généralement admise ; quelques auteurs estiment que la loi du 11 brumaire an VII a eu pour effet seulement de placer les rentes dans la catégorie des biens immeubles qui, comme l'usage, l'habitation, les servitudes actives, ne sont pas susceptibles d'être grevés d'hypothèques : d'après ces auteurs, la mobilisation des rentes ne daterait que de la promulgation de l'art. 529 du Code civil. V. MM. Merlin, *Rép.*, v° *Rente foncière*, § 2, art. 4, et Marcadé, t. II, p. 379, 3e édit. Mais la cour suprême a toujours consacré en principe que la mobilisation des rentes a été consommée par la loi de brumaire an VII. V. *Civ. Cass.*, 8 novembre 1824 (aff. Lhéritier) ; 28 fév. 1832 (aff. Letellier) ; *Req. rej.*, 2 juillet 1833 (aff. Hamel) ; *Civ. Cass.*, 5 fév. 1834 (aff. Qemf.) ; *Req. rej.*, 17 janvier 1843 (aff. de Coislin). M. le conseiller Troplong, rapporteur dans cette dernière affaire, a présenté à l'appui de cette solution des autorités qui n'admettent pas de doute. Ce sont notamment ces expressions empruntées aux observations de M. Cambacérès, dans la discussion au conseil d'Etat, sur les art. 529 et 530 du Code civil : « La section a suivi sur les rentes la législation existante. » C'est encore cette observation prise dans le rapport fait au conseil des cinq cents sur le projet de loi du 11 brumaire an VII : « Les rentes foncières et constituées seront à l'avenir réputées meubles. » C'est enfin ce que disait M. Guichard en publiant en 1800, c'est-à-dire avant la promulgation du Code civil, la première édition de son Code

tion en disant expressément dans son art. 529 : « Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'état, soit sur des particuliers. » Ainsi, on peut le dire aujourd'hui : toutes rentes, foncières ou constituées, perpétuelles ou temporaires, dues par l'état ou par des particuliers, appartiennent, sans limitation ni réserve, autres que celles indiquées au nombre précédent, à la classe des meubles incorporels.

On comprend tout ce que la doctrine doit induire, au point de vue où nous sommes placés, de la comparaison de deux états de choses si essentiellement différents. Si les rentes possédées par les époux au moment du mariage sont tombées dans la communauté, cela n'est vrai d'une manière absolue que relativement aux communautés qui se sont formées, soit depuis la promulgation de la loi du 11 brumaire an VII, soit depuis la promulgation de la loi des 24 août-13 septembre 1793, suivant qu'il s'agit de rentes sur des particuliers ou de rentes sur l'état. Quant aux communautés qui se sont établies avant la promulgation de ces lois, il faut distinguer : si, possesseurs de rentes constituées, les époux se sont mariés sous l'empire de l'une des coutumes qui attribuaient à ces sortes de rentes un caractère purement mobilier, évidemment ces rentes sont tombées dans la communauté par application du principe qui, même sous l'ancienne jurisprudence, faisait considérer, en général du moins, tous les meubles possédés par les époux au moment du mariage comme un élément de la composition active de la communauté. Mais quelque part qu'ils se soient mariés, si les rentes étaient foncières, c'est-à-dire de celles que la coutume réputait immobilières partout, ou si possesseurs de rentes constituées, les époux ont contracté mariage sous l'empire d'une coutume qui donnait à ces rentes un caractère immobilier, il ne saurait y avoir aucun doute : ces rentes sont restées propres aux époux qui les avaient dans leur fortune. De là il suit que si les rentes ont été remboursées depuis, le montant du remboursement n'a pu tomber dans la communauté qu'à charge de récompense à l'époux propriétaire de la rente. Cet époux, en effet, avait droit à un immeuble ; et le principe salutaire de la non rétroactivité des lois ne permettrait pas qu'on le

hypothécaire : « Toutes les rentes constituées, même celles foncières, ont été mobilisées par diverses lois, » p. 22 ; et plus loin : « Un temps viendra peut-être où l'on regrettera la mobilisation des rentes vraiment foncières. » En présence de ces observations, se rapportant toutes à un temps antérieur au Code civil, il est difficile de supposer que la mobilisation des rentes soit vraiment l'œuvre de ce Code.

privât de ce droit en donnant à la loi de brumaire l'effet d'enlever rétroactivement aux rentes le caractère immobilier qui leur appartenait au moment du mariage (1).

350. La cour de cassation a consacré ce principe, et elle l'a même étendu en en faisant l'application aux rentes acquises pendant le mariage, et non-seulement à celles acquises avant la mobilisation des rentes opérée par la loi de l'an VII, ce qui ne saurait non plus souffrir aucune difficulté, mais encore à celles qui n'avaient été acquises qu'après cette mobilisation. Ainsi, dans une espèce où les époux, en se mariant sous l'empire d'une coutume qui réputait immeubles les rentes constituées, avaient, par leur contrat de mariage, attribué les meubles ou les objets réputés tels au survivant, la cour suprême a décidé que le survivant était sans droit à une rente constituée sous l'empire du Code civil, bien que le Code réputât meubles cette nature de biens; et qu'une telle rente devait être considérée comme immeuble suivant la loi de l'époque du mariage (2). Et, disons-le, si puissantes que soient les considérations que l'on peut opposer à une telle application du principe (3), on ne saurait se dissimuler que les époux qui en se mariant ne font aucune stipulation pour la fixation de leurs droits sur les biens qui seront acquis pendant leur mariage, sont censés par cela même se référer, à cet égard, aux lois ou aux coutumes en vigueur au moment de la célébration du mariage; ainsi, comme le dit très-bien la cour suprême, dans l'un de ses arrêts, ces lois et coutumes ont pour les époux la même force qu'une disposition contractuelle, et régissent leur association pendant toute la durée du mariage : de telle sorte que la législation postérieure venant à les abroger ou à les modifier, il n'en résulte pas qu'elles ne doivent pas faire la règle des époux pour le partage des biens de leur communauté, parce que la loi n'a pas d'effet rétroactif et

(1) *Conf.* M. Duranton, t. XIV, n° 124. V. aussi anal. dans ce sens, *Civ. cass.*, 11 novembre 1818 (aff. Delangle).

(2) *Civ. cass.*, 27 janvier 1840 (aff. Cuvelier). V. une autre application du même principe dans un arrêt de rejet rendu le même jour par la chambre civile (aff. Dayez). V. encore *Civ. cass.*, 23 avril 1823 (aff. Laurent); Douai, 19 janvier 1828 (aff. Dupont); Riom, 6 mai 1840 (hér. Debessière).

(3) V. notamment les savantes discussions dans lesquelles M. Merlin a combattu la doctrine de la cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt de 1823, et de celui de Douai cités à la note précédente. *Quest. de dr.*, v° *Comm. de biens entre époux*, § 1, n° 4, et *Franc alleu*, § 1. *Adde* dans le même sens M. Duranton, t. XIV, n° 124, et un arrêt de Bruxelles du 22 mars 1811 (aff. Delvaux).

qu'elle ne saurait dès lors porter atteinte à des droits antérieurement et irrévocablement acquis, quoique ces droits s'ouvrent et s'exercent seulement sous l'empire de la loi nouvelle (1).

351. A part ces exceptions, toute rente, quelle qu'en soit la nature, a aujourd'hui un caractère purement mobilier, en sorte que possédée par un époux au moment du mariage, elle passe même pour le principal dans l'actif de la communauté légale établie par le fait du mariage. Cela est certain en ce qui concerne les rentes perpétuelles (2), car n'y eût-il pas, pour déclarer ces espèces de rentes comprises dans la communauté comme valeurs mobilières, l'irrésistible argument tiré de la combinaison des art. 529 et 1401, la discussion même de la loi ne permettrait aucun doute. En effet, le projet de loi, qui ne présentait d'abord comme exclus de la communauté que les immeubles possédés par les époux au jour du mariage, fut modifié sur la demande de M. Treilhard, qui, considérant les capitaux des rentes comme un fonds donnant un revenu, pensa que ces capitaux devaient être placés, relativement à la communauté, sur la même ligne que les immeubles. Le projet fut modifié et présenté dans les termes proposés par M. Treilhard : on alla même dans la discussion jusqu'à prétendre que l'on devait exclure aussi de la communauté légale les capitaux constatés par des actes authentiques. Mais après un débat approfondi, on jugea plus simple de reprendre la première idée de la section, de rejeter l'exception proposée par M. Treilhard, et de confondre également dans la communauté légale et les capitaux de rentes et les capitaux des obligations, sauf aux parties à les en excepter par la stipulation d'une clause de réalisation (3), lorsqu'elles trouveraient ces capitaux trop considérables (4). En présence de ce

(1) V. d'ailleurs à cet égard, notre chapitre des dispositions générales aux nos 165 et suiv.

(2) Cela s'applique aussi aux rentes établies pour prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre gratuit ou onéreux d'un fonds immobilier. Même dans le laps de temps pendant lequel ces rentes peuvent être stipulées irrachetables, et qui peut aller jusqu'à trente ans aux termes de l'art. 530, elles ne laissent pas de former des créances purement mobilières. Cela est si vrai, que pour conserver ces rentes il faut prendre inscription sur les biens du débiteur, et qu'elles ne peuvent être garanties par l'hypothèque qu'autant que l'hypothèque est inscrite. — V. *Civ. cass.*, 29 juin 1813 (aff. Varré); 8 novembre 1824 (aff. Lhéritier); *Req. rej.*, 24 mars 1829 (aff. Keller); *Ch. réun. cass.*, 27 novembre 1833 (aff. Frottier).

(3) Quant à la nature et aux effets de cette clause, v. t. II, nos 63 et suiv.

(4) V. cette discussion dans la *Législation civile* de M. Locré, t. XIII,

vote formel, qui a rejeté toute assimilation entre les rentes perpétuelles possédées par les époux ou l'un d'eux lors du mariage et les immeubles, il serait tout à fait impossible, quand bien même les dispositions combinées des art. 529 et 1401 ne s'en expliqueraient pas, de prétendre que, comme les immeubles, ces rentes doivent être exclues de la communauté légale.

352. L'application du principe aux rentes viagères ne paraissait pas non plus destinée à rencontrer un doute plus sérieux : ici encore, la combinaison des art. 529 et 1401 du Code civil se présente dans toute sa puissance. Cependant, nul n'ignore la controverse qui a été suscitée sur ce point par M. Toullier (1). D'après cet auteur, les rentes viagères appartenant à l'un des époux au moment du mariage ou qui lui écherraient pendant la durée de la société conjugale, n'entreraient dans la communauté que pour les arrérages échus pendant sa durée; quant au droit lui-même, à l'être moral qui est qualifié rente, bien que ce soit précisément ce droit que la loi considère comme meuble, il demeurerait propre à l'époux propriétaire. Cette doctrine est particulièrement fondée d'abord sur ce que ces arrérages forment autant de capitaux distincts, et que dès lors, ceux échus après la dissolution de la communauté ne peuvent pas faire partie de son actif; et ensuite sur ce que par sa nature même, le contrat de rente viagère, soit que l'époux propriétaire se soit lui-même constitué cette rente, soit qu'elle ait été constituée à cet époux par un tiers, atteste la volonté de rendre propre au rentier les arrérages échus après la dissolution. Or, dit M. Toullier, cette circonstance seule doit faire écarter l'application de l'art. 1401, car cet article n'est pas impératif; il est l'expression de la volonté présumée des époux, ou la réalisation d'une convention tacitement intervenue entre eux : et cette convention tacite de mise en communauté est détruite, relativement aux rentes viagères, par la volonté du constituant, qui les a attachées à la personne du rentier. Enfin, M. Toullier se fonde sur la disposition de l'art. 1982 du Code civil, d'après lequel la rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire.

Mais cette doctrine a été unanimement rejetée; attaquée d'abord par M. Demante, dans la *Thémis* (2), elle a subi ensuite, de la

p. 186-190. V. aussi le discours de M. Siméon au corps législatif, *ibid.*, p. 455.

(1) V. t. XII, n° 110.

(2) V. t. VIII, n^e part., p. 169 et 170.

part des auteurs, la plus vive critique (1), et enfin, elle a été virtuellement condamnée par la jurisprudence (2). Il serait donc plus que téméraire de la reproduire aujourd'hui. D'ailleurs les considérations invoquées par M. Toullier sont bien loin de résister à l'examen. Rien n'est moins solide, en effet, que l'idée fondamentale de tout le système de cet auteur. Certes, comme l'a très-bien dit M. Demante, « une rente qui pourrait être aliénée par le propriétaire, qui pourrait être saisie par les créanciers, une rente qui, au cas de mort civile, passerait aux héritiers, non pas comme le prétend M. Toullier, en vertu d'une disposition spéciale de l'art. 1982, muet sur ce point, mais en vertu de la disposition générale de l'art. 25, n'est point attachée à la personne. » D'un autre côté, il n'est pas exact de dire que les arrérages d'une rente viagère constituent autant de capitaux distincts ; cette proposition a pour base la supposition que les rentes viagères, à la différence des rentes perpétuelles, ne sont pas des créances productives d'arrérages; en d'autres termes, qu'elles n'ont pas un capital, doctrine déjà contredite sous l'empire de l'ancienne jurisprudence (3), et tout à fait insoutenable aujourd'hui en présence de la distinction si nettement établie au titre de l'usufruit (art. 588 et 610), entre la rente viagère elle-même et les arrérages qu'elle produit et qui en sont les fruits (4). Mais, en supposant même que les arrérages d'une rente viagère constituent autant de capitaux distincts, il en résulterait seulement que cette rente serait composée d'un certain nombre de créances subordonnées à la condition de la vie du rentier, créances

(1) V. MM. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Mariage (contrat de), de la comm. légale*, sect. 1, n° 8; Duranton, t. XIV, n° 125; Battur, t. I, n° 166; Bellot, t. I, p. 119; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 59.

(2) Il a été décidé, en effet, que la rente viagère constituée par le mari à son profit tombe dans la communauté, qui en a payé la valeur, et que celui-ci ne saurait se l'approprier en s'engageant à rembourser à la communauté le prix de constitution. Agen, 6 mars 1844 (aff. Renard). On retrouve aussi le principe de la solution dans une décision d'après laquelle la stipulation faite par deux époux, qu'une rente viagère acquise avec le prix d'un conquêt de leur communauté sera réversible sur la tête du survivant, a seulement pour objet de fixer la durée assignée au service de la rente, et nullement d'en attribuer la totalité au survivant des époux. Orléans, 28 décembre 1843 (aff. Aubert).

(3) Pothier semblait incliner vers cette doctrine, mais il reconnaît qu'elle ne prévalait pas dans la pratique. V. *De la communauté*, n° 90, et les autorités citées par Pothier.

(4) V. MM. Merlin, *Rép.*, v° *Usufruit;* Proudhon, *De l'usufruit*, n° 1824; et Troplong, *Comm. sur les contrats aléatoires*, n° 215.

qui ne seraient pas moins mobilières, et à ce titre devraient faire partie de la communauté, à quelque époque que la condition se fût accomplie.

Il n'y a donc aucun prétexte pour excepter les rentes viagères de la disposition générale de l'art. 1401, disposition à laquelle les parties sont censées s'être soumises, même en ce qui concerne les rentes viagères, par cela seul qu'elles n'y ont pas dérogé.

353. Toutefois, si la rente viagère avait été créée sous la condition de ne pouvoir être cédée, nous admettons qu'elle serait exclue de la communauté légale, puisqu'on ne pourrait l'y faire tomber sans imposer une aliénation, au moins partielle, au crédi-rentier.

Par analogie, on doit reconnaître que les soldes de retraite, les traitements de réforme, les pensions de la Légion d'honneur, et en général les pensions dues par les administrations publiques ou par l'état, toutes pensions rendues incessibles par diverses lois (1), restent propres aux époux qui les possèdent au moment du mariage, sinon quant aux arrérages ou à la jouissance de ces valeurs, lesquels tombent toujours dans la communauté, du moins quant au titre ou au droit qui représente le capital (2).

On est même allé jusqu'à dire que la solution est applicable aux sommes ou pensions données ou léguées pour aliments, dans le cas où le testament ou la donation ne les déclare pas insaisissables (3). Toutefois ce point pourrait souffrir quelque difficulté ; car, si, même dans le silence du testament ou de la donation, la pension alimentaire est insaisissable d'après l'art. 581, il en résulte seulement que le donataire ou le légataire ne peut être dépouillé malgré lui sur la poursuite de ses créanciers. Mais en résulte-t-il également que le donataire ou le légataire ne pourrait pas disposer volontairement de la pension à lui donnée ou léguée, et que la cession librement consentie dût être déclarée nulle? Non ; c'est du moins ce qui est établi par la jurisprudence de la cour de cassation (4) ; et d'après cela rien ne

(1) V. notamment l'arrêté du 7 thermidor an x, et l'avis du conseil d'état des 23 janvier, 2 février 1808.

(2) *Conf. Civ. cass.*, 3 février 1830 (aff. Poutard c. Cibois).

(3) V. M. Glandaz, *loc. cit.*, n° 62.

(4) En effet, la cour de cassation a d'abord admis en principe la validité d'une renonciation, moyennant un capital, à une pension alimentaire. *Req. rej.*, 21 juin 1815 (aff. Montréal) ; et, plus tard, cette Cour, poussant plus avant sa doctrine, a expressément déclaré que si la pension alimentaire ne peut être saisie par les créanciers, elle peut du moins être cédée volontairement

s'opposerait à ce qu'une telle pension fût comprise dans l'actif de la communauté légale; car l'aliénation résultant de cet apport dans la communauté serait bien évidemment une aliénation volontaire et librement consentie, puisque l'exclusion aurait pu être stipulée.

354. Ici se terminent nos observations sur les biens incorporels auxquels l'art. 529 attribue le caractère de meubles. A côté de ces biens incorporels, il en est d'autres encore qui ont le même caractère, tels que la propriété littéraire, les offices, les fonds de commerce, qui à ce titre tombent aussi dans l'actif de la communauté légale. Mais l'application de la règle comporte en ceci certains développements qui trouveront mieux leur place dans nos observations sur les meubles ou objets mobiliers acquis pendant la durée du mariage, et dont il nous reste maintenant à nous occuper.

355. *Des meubles futurs.* — La communauté constitue entre les époux une société de biens meubles, non-seulement de ceux possédés par les époux en se mariant, mais encore, comme nous l'avons indiqué déjà, de ceux acquis pendant la durée de l'association conjugale. C'est ce que l'art. 1401 exprime d'une manière très-nette en ce qui concerne les meubles échus par voie de succession et même de donation, lorsqu'après avoir dit que « la communauté se compose de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, » cet article ajoute : « ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage, à titre de succession et même de donation. »

356. Ainsi, lorsque pendant le mariage l'un des époux est appelé à une succession mobilière, les bénéfices de cette succession passent immédiatement à la communauté. La succession est l'une des causes d'acquisition que l'art. 1401 signale et place parmi celles qui font acquérir les meubles à la communauté; dès lors, point de difficulté pour cette application particulière du principe, dans le cas du moins où elle se présente dégagée de toute complication.

Mais il se peut que la succession à laquelle l'un des époux est appelé soit en partie mobilière et en partie immobilière, e

par celui à qui elle est due. *Civ. rej.*, 31 mai 1826 (aff. Rollin). V. *Conf.* M. Demante, dans la Thémis, *loc. cit.* M. Troplong admet aussi cette solution; seulement il en limite l'application aux seules pensions alimentaires dues *ex contractu* ou *ex testamento*. Mais les pensions dues *jure sanguinis* ne seraient cessibles, d'après M. Troplong, que quant à l'émolument. V. *Comm. de la vente*, t. I, n° 227.

que dans ce cas, cet époux reçoive dans son lot des meubles seulement ou plus de meubles que d'immeubles proportionnellement à sa part héréditaire. Quels seront alors les droits de la communauté? Acquerra-t-elle tous les meubles recueillis par le conjoint héritier, ou seulement une portion de ces meubles calculée d'après les droits de ce conjoint dans la succession? La question présentait quelques doutes dans l'ancienne jurisprudence. Conséquent dans son système, d'après lequel il fallait avoir égard à l'origine du droit et non à son objet pour en déterminer le caractère mobilier ou immobilier, Lebrun soutenait que, dans le cas proposé, la portion de meubles échus au conjoint au delà de sa part héréditaire lui restait propre et ne pouvait être mise dans la communauté que sauf récompense en faveur de l'époux héritier (1). C'était aussi l'avis de Valin (2). Mais cette doctrine n'avait pas prévalu; Pothier, qui, en ce point, résumait les dernières données de la jurisprudence, la contredisait en ces termes (3) : « .... Lorsque, par le partage d'une succession composée de meubles et d'immeubles, il est échu beaucoup plus de meubles, à proportion, que d'immeubles dans le lot du conjoint, tout ce qui lui est échu de mobilier tombe dans la communauté, sans qu'il en puisse avoir aucune reprise. On ne peut pas dire, en ce cas, que ce qu'il a eu de mobilier dans son lot, de plus que sa part dans le mobilier de la succession, lui tienne lieu et soit subrogé à ce qu'il a eu de moins que sa part dans la masse immobilière. Les meubles et les immeubles de cette succession ne composent qu'une même succession, dans laquelle le conjoint est censé n'avoir jamais eu de droit qu'aux choses échues dans son lot, par lequel il est rempli de toute la portion héréditaire. On ne peut donc pas dire, en ce cas, que ce qu'il a eu de mobilier dans son lot lui tienne en rien lieu de quelque droit immobilier, ni par conséquent l'exclure de la communauté. » Ces considérations sont encore toutes puissantes sous l'empire du Code civil; elles ont exercé sur la jurisprudence une décisive influence (4), et c'est avec raison. Nul ne saurait con-

(1) *Tr. de la communauté*, liv. I, chap. III, sect. I, dist. 1, n° 20.

(2) *Cout. de la Rochelle*, art. 48, § 2, n° 11.

(3) *De la communauté*, n° 100. — *Adde*, dans ce sens, le *Nouv. Denizart*, v° *Comm. de biens*, § 6, n° 8.

(4) Il a été jugé, en effet, que la communauté ne doit pas récompense à celui des époux qui, dans le partage d'une succession à la fois mobilière et immobilière, a pris toute sa part héréditaire en meubles, et qui a ainsi, à son

tester, en effet, que l'on doive appliquer à la communauté légale l'art. 883 du Code civil, aux termes duquel : « chaque co-héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Cela étant, toutes les fois que par une circonstance quelconque l'un des époux procédant à un partage avec des co-héritiers, prend dans la succession commune une plus grande portion de mobilier que celle qui devait lui revenir, et abandonne une part équivalente dans les immeubles, il n'y a pas évidemment de considération capable d'autoriser cet époux à soustraire à la communauté une portion quelconque des meubles qu'il a reçus ni à se défrayer, sur l'actif de cette communauté, de la part qu'il aurait pu prendre dans les immeubles de la succession. Cette doctrine, du reste, est admise sans difficulté de tous les auteurs (1).

Par une juste réciprocité et par une application toute naturelle du même principe, si l'époux a reçu, dans la succession, une portion d'immeubles supérieure à celle que lui assignait sa part héréditaire, cette portion lui demeure propre pour le tout sans qu'il doive aucune récompense à la communauté, à raison de ce qui serait tombé dans l'actif social, si le conjoint avait reçu du mobilier proportionnellement à sa part héréditaire. C'est aussi la remarque faite par M. Duranton.

357. Mais cet auteur limite les solutions précédentes au seul cas où le partage a porté sur des immeubles et des meubles *corporels*. Au contraire la succession étant composée principalement de créances et d'immeubles, M. Duranton enseigne, en se

préjudice, enrichi la communauté d'une valeur égale à celle de la portion d'immeubles que cet époux pouvait prendre dans la succession. Rennes, 31 juillet 1811 (aff. Penhoëdic). De même dans le régime dotal, et sur l'autorité du principe que la disposition de l'art. 883 peut être invoquée non-seulement par les héritiers entre eux, mais encore par toute personne, et notamment par le conjoint du co-héritier, il a été décidé que lorsque le lot composé d'immeubles, recueilli par une femme dotale, a été complété par une soulte mobilière prise dans les valeurs de la succession même, ces valeurs mobilières ne pouvant être considérées comme le prix ou la représentation des autres immeubles de l'hérédité, sur laquelle elle est censée n'avoir jamais eu aucun droit de propriété, conservent à son égard et à l'égard du mari leur nature propre, et peuvent dès lors être reçues sans remploi. Caen, 9 mars 1839 (aff. Roger).

(1) V. MM. Dalloz aîné, *Rec. alph.*, t. X, p. 183, n° 23; Toullier, t. XII, nos 119 et suiv.; Battur, t. I, n° 230; Duranton, t. XIV, n° 117; Zachariæ, t. III, p. 415; Devilleneuve et Carette, *Collect. nouv.*, t. III, part. II, p. 335, note 3.

fondant sur l'art. 1220 du Code civil, que si l'époux héritier a reçu dans le partage, plus de créances que ses co-héritiers, la communauté ne doit acquérir ces créances que jusqu'à concurrence de la part héréditaire à laquelle l'époux y avait droit, et réciproquement que si l'époux a reçu plus d'immeubles, il doit récompenser la communauté pour la différence existant entre sa part de créances et la portion qu'il y aurait dû prendre eu égard à ses droits dans la succession (1). Nous n'apercevons pas, pour notre part, les raisons de cette différence. Sans doute, les créances, aux termes de l'art. 1220 du Code civil, se divisent entre les héritiers du créancier défunt; et nous admettons d'après cela que, même avant le partage et dès la mort de l'auteur commun, chaque héritier est autorisé à exiger, jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, le payement de chacune de ces créances, et n'est admis à le réclamer que pour cette part. Mais la division légale des créances entre les divers héritiers fait-elle qu'après le partage la disposition de l'art. 883 demeure sans effet et sans application possible? En aucune manière. Le partage continue d'être déclaratif, sauf le maintien des droits acquis à des tiers et conférés légalement avant le partage par l'un des héritiers sur l'autorité du principe de la division. En d'autres termes, la division des créances, toute-puissante pour régler jusqu'au partage les rapports des héritiers avec les débiteurs de la succession, fait encore sentir son influence, après le partage, en ce sens qu'elle fait maintenir les conventions légalement intervenues; mais elle n'empêche pas qu'en droit, l'héritier dans le lot duquel est tombée l'une des créances, ou même toutes les créances, ne soit censé les tenir toutes du défunt immédiatement; elle n'empêche pas que cet héritier ne soit réputé avoir été saisi, à partir du décès de ce dernier. D'après cela, comment douter que les créances échues à l'héritier, marié sous le régime de la communauté légale, ne tombent dans l'actif de cette communauté, du moins quand il s'agit de créances mobilières? Évidemment, toutes les considérations qui ont fait déclarer applicable aux communautés le principe de l'art. 883 du Code civil se reproduisent ici dans toute leur force; et nous dirons, avec M. Zachariæ (2), contre M. Duranton, « que l'objet du partage consiste toujours en une universalité de biens, et qu'il paraît peu rationnel de faire, dans une universalité de cette nature, une distinction entre les meubles corporels et les meubles incorporels. »

(1) V. *loc. cit.*, n° 119.
(2) V. *loc. cit.*, note 16.

358. Au surplus, les solutions précédentes sont toutes fondées sur la supposition que le partage a eu lieu de bonne foi entre les co-partageants. S'il y avait eu collusion entre l'époux commun et ses co-héritiers, et si, par suite, la communauté avait été frustrée, il y aurait assurément dans cette circonstance le principe du droit à une récompense : mais s'il y a lieu à récompense dans ce cas, c'est qu'il y a eu fraude ; or la fraude fait exception à toutes les règles.

Ajoutons qu'il faut encore admettre qu'un partage réel a eu lieu. Un acte qui ne ferait pas cesser l'indivision entre les co-héritiers, par exemple la vente faite par quelques-uns des co-héritiers seulement de leurs droits successifs à l'époux, ne devrait pas être placée sur la même ligne qu'un partage ; et si cette vente transmettait des immeubles à l'époux, ces immeubles entreraient dans la communauté, bien qu'en principe, aux termes de l'art. 1404 que nous expliquerons bientôt, les immeubles échus pendant le mariage à titre de succession n'entrent point en communauté (1).

359. Non-seulement les meubles acquis pendant le mariage à titre de succession tombent dans la communauté, aux termes de l'art. 1401, mais encore ceux qui échoient à l'un des époux à titre de donation. Ainsi, quel que soit le donateur, ascendant, collatéral ou étranger, dès l'instant que la donation n'est pas faite sous la réserve que les choses données demeureront propres au donataire (nous examinerons à l'article suivant les effets de cette réserve), l'objet est passé de plein droit à la communauté, sans que l'époux donataire soit jamais autorisé à en faire la reprise.

Du reste, la règle s'applique aux donations testamentaires ou legs, aussi bien qu'aux donations entre vifs : la loi ne distingue pas. La règle comprend en outre non-seulement les donations faites pendant le mariage, mais encore celles que le contrat même de mariage pourrait constater. Seulement les meubles compris dans celles-ci entrent dans la communauté comme valeurs présentes lors de la célébration du mariage, bien que l'exigibilité en soit subordonnée à l'échéance d'un terme, ce qui est

(1) On trouve une application de la règle dans un arrêt d'après lequel la vente faite au mari, par quelques-uns seulement de ses co-héritiers, de tous leurs droits dans une succession mobilière ouverte pendant le mariage ne pouvant être assimilée à un partage, les droits ainsi acquis par le mari doivent être réputés acquêts de communauté, encore bien que, d'après le contrat de mariage, les successions mobilières qui échoient à chacun des époux doivent leur demeurer propres. Paris, 3 décembre 1836 (aff. Ragois).

indifférent, comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire (1).

Mais il importe d'ajouter que les objets mobiliers donnés avec charge de restitution dans les cas prévus par la loi, n'entrent dans la communauté qu'avec cette même charge de restitution (2).

360. De tous les moyens par lesquels les époux peuvent acquérir des objets mobiliers pendant le mariage, les successions et les donations sont les seuls que mentionne l'art. 1401. Est-ce à dire cependant que, sous ce rapport, l'art. 1401 ait été conçu dans une pensée restrictive, et qu'il n'y ait d'acquis à la communauté que le mobilier adventif des successions ou des donations? Ce serait une erreur de le penser. Par la généralité de leurs termes, la coutume de Paris, art. 220, et surtout celle d'Orléans, art. 186, n'admettaient pas d'exception au principe qui faisait tomber dans la communauté le mobilier, tant présent que futur, des époux; et l'on tenait, en effet, que les meubles acquis durant le mariage, à quelque titre que ce fût, faisaient partie de l'actif social, sauf les réserves expresses dont nous parlerons à l'article suivant. Les dispositions du Code civil ne comportent pas une moindre étendue. N'eût-on pas, pour le décider ainsi, l'opinion, à chaque instant formulée, des auteurs mêmes de la loi (3), la raison des choses y amènerait invinciblement. Assurément, lorsque le mobilier qui échoit à l'un des époux, pendant le mariage, par succession ou par donation, c'est-à-dire par deux causes essentiellement personnelles, l'une tenant aux liens de parenté entre l'époux héritier et le défunt, l'autre, à l'affection du donateur pour le donataire, lorsque ce mobilier, disons-nous, devient commun aux deux époux par la mise en communauté, il répugnerait aux plus simples notions du bon sens que l'on dût laisser en propre à l'un d'eux le mobilier provenant de toutes autres causes, même de celles qui supposent le concours et la

(1) V. *suprà*, n° 325.

(2) *Conf.* M. Duranton, t. XIV, n° 138.

(3) Il ressort, en effet, de la discussion au conseil d'état que les auteurs de la loi ont voulu reproduire la disposition de la *Cout. de Paris*, d'après laquelle tout le patrimoine mobilier des époux faisait partie de la communauté. V. M. Locré, *Lég. civ.*, t. XIII, p. 180 et suiv., discussion sur l'art. 8 du projet. Et cette pensée dominante dans toute la discussion, se reflète ensuite, soit dans l'exposé des motifs de M. Berlier (V. M. Locré, *loc. cit.*, p. 279), soit dans le rapport de M. Duveyrier (*ibid.*, p. 345), soit surtout dans le discours de M. Siméon, où on lit : « Le mobilier commun se compose de tout celui que les époux possédaient au jour du mariage, *et de tout celui qu'ils ont acquis ou qui leur est échu depuis.* » (*Ibid.*, p. 455.)

participation des deux époux à l'acquisition. Aussi, tous les auteurs se sont-ils élevés contre cette supposition; tous, ils enseignent qu'en mentionnant, dans l'art. 1401, la succession et la donation seulement, le législateur a eu pour but, non pas de limiter le principe qui fait tomber dans la communauté le mobilier acquis durant la société conjugale, mais d'empêcher qu'en considération de la nature même des causes d'acquisition mentionnées, et en raison de leur caractère essentiellement personnel, on n'en vînt à prétendre que les meubles acquis par l'une ou par l'autre de ces causes doivent demeurer propres à l'époux héritier ou donataire. D'après cela, l'art. 1401 doit être entendu comme s'il y était dit : « Tombent dans la communauté tous les meubles acquis pendant le mariage, MÊME *ceux acquis par succession ou donation* » (1).

C'est aussi notre avis : et nous invoquerons à l'appui, la disposition de l'art. 1498 du Code civil. Cette disposition, relative à une espèce particulière de communauté, à la communauté renfermée dans les limites d'une société d'acquêts, exclut de cette communauté non-seulement tous les biens présents, mais encore les biens tant mobiliers qu'immobiliers échus pendant le mariage à titre gratuit, c'est-à-dire ceux que les époux acquièrent personnellement par succession, par donation entre vifs et par testament, et compose le fonds social des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux (2). Rapproché de cette disposition, le texte de l'art. 1401 revient évidemment à dire que, plus étendue que la communauté d'acquêts, la communauté légale comprend, quant aux meubles à venir, non-seulement tous ceux auxquels doit s'étendre la société d'acquêts, mais encore ceux qui proviennent des donations ou des successions échues à l'un ou à l'autre des époux.

Ainsi, indépendamment du mobilier adventif des successions ou des donations, la communauté légale est composée encore de celui que les époux acquièrent à titre onéreux, et de celui qui peut advenir à l'un ou à l'autre à tous autres titres. Dans quelle étendue

(1) V. MM. Toullier, t. XII, n° 93; Battur, t. I, nos 152 et suiv.; Duranton, t. XIV, nos 103 et 106; Zachariæ, t. III, p. 411, note 1; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 25; Mourlon, p. 11; Bugnet, sur Pothier, *De la communauté*, n° 26.

(2) V. sur cette espèce de communauté notre second volume, nos 26 et suiv.

et suivant quelle mesure la communauté profite-t-elle de ces acquisitions diverses? C'est le point qui nous reste à examiner.

361. Quant aux objets mobiliers acquis à titre onéreux, la communauté les acquiert incontestablement lorsque c'est elle qui en a fourni le prix. Il est naturel et juste à la fois qu'elle prenne les objets acquis, comme représentation des sommes par elle employées à les acquérir : en ce point, il n'y a ni doute ni controverse possibles. Au contraire, l'objet de l'acquisition demeure complétement étranger à la communauté lorsque cet objet est subrogé à un propre de l'un des époux : alors la chose acquise appartient à cet époux. Nous reviendrons plus amplement sur ce point à l'article suivant, où il sera traité des propres de communauté.

362. Lorsque la chose acquise provient de l'industrie commune ou de l'industrie de l'un des deux époux, elle appartient aussi à la communauté, et ici, l'application du principe ne comporte pas d'exception. La communauté a droit aux produits de tout *travail*, de *toute industrie*; il n'y aurait pas d'exception même pour les produits d'une profession déshonnête, comme seraient, par exemple, les gains obtenus en faisant la contrebande. Les bénéfices réalisés dans une telle industrie si peu avouable qu'elle soit, tomberaient dans l'actif de la communauté légale (1).

Mais il est certaines propriétés, certains bénéfices qui sont des produits de l'industrie, et qui, à raison de leur importance même, exigent quelques observations particulières; nous voulons parler de la propriété littéraire ou industrielle et de la valeur vénale des offices ou des fonds de commerce.

363. L'homme, en vertu de sa double nature physique et *intellectuelle*, a tout à la fois une capacité passive et une capacité active. Sous ce dernier rapport, l'homme a une puissance propre, puissance créatrice dont il est en même temps le fonds, le germe, l'instrument et partant le maître. Les produits spontanés de l'intelligence peuvent donc devenir pour chaque individu une chose susceptible d'appropriation, de possession, de propriété, en un mot d'un droit. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la pensée soit en quelque sorte matérialisée, qu'elle se produise par une manifestation extérieure; tant que l'idée est à l'état de conception dans le cerveau de l'homme, la loi n'en tient pas compte. C'est ce que M. le procureur général Dupin exprimait avec sa verve habituelle, dans une affaire célèbre (2),

(1) *Conf.* M. Duranton, t. XIV, n° 141.

(2) Nous voulons parler du procès intenté par les héritiers Gros, procès qui

devant la cour suprême. « La loi, disait ce magistrat éminent, s'occupe des biens, de leur propriété et des différentes modifications de cette propriété; elle ne s'occupe pas de la propriété des sylphes et des êtres imaginaires. Il est bien vrai qu'il y a des droits incorporels, mais à condition qu'il existe un droit corporel auquel ils s'appliquent... Je répète donc de nouveau : la loi ne considère que l'idée réalisée. En matière de propriété littéraire et artistique, la loi commence quand il y a un manuscrit, pour un auteur d'écrits; un papier de musique, pour un compositeur; un tableau, un dessin, pour le peintre ou le dessinateur. La loi ne considère pas le moment où le peintre, le poëte, le musicien conçoit son œuvre; elle considère le moment où l'ouvrage est achevé, où il est devenu une chose susceptible de vente, de louage, de cession en tout ou en partie. En un mot, la loi saisit le moment où l'artiste *se fait marchand;* alors le prestige de l'art s'évanouit pour faire place au droit civil. »

Ainsi, c'est lorsque l'idée est réalisée qu'elle constitue un droit, une propriété. Mais cette propriété, ce droit, que régit une législation spéciale, est-il ou non susceptible d'entrer dans la communauté? La négative ne semble pas avoir fait doute sous l'empire de l'ancienne législation. Pothier, du moins, s'en explique, à l'occasion du partage des biens de la communauté, de manière à faire supposer que cette solution n'était ni contestable ni contestée. « Les manuscrits qu'un homme d'esprit a composés, dit-il (1), ne doivent pas être compris dans l'inventaire; ce sont choses inestimables, qui ne sont pas censées faire partie d'une communauté de biens, ni même d'une succession : on doit donc les laisser au survivant qui les a composés, et, s'il est prédécédé, à l'aîné de ses enfants; ou, à défaut d'enfants, à l'aîné de sa famille, quand même ces personnes auraient renoncé à la succession. »

Aujourd'hui, si cette opinion ne doit pas être rejetée d'une manière absolue, on ne saurait du moins admettre la considération qui lui sert de base. Le droit résultant de la propriété littéraire, artistique ou industrielle, n'est évidemment ni visible ni palpable; il appartient donc à la classe des biens incorpo-

présentait à résoudre la grave question de savoir si la vente d'un tableau faite sans réserve par un peintre emporte avec elle, au profit de l'acquéreur, le droit de reproduction par la gravure, question que les chambres réunies de la cour de cassation ont résolue affirmativement par arrêt du 27 mai 1842.

(1) V. *Tr. de la communauté,* n° 682. V. aussi l'introduction au tit. x de la *Cout. d'Orléans,* n° 96; t. I, p. 241 de l'édition annotée par M. Bugnet.

rels. Mais, relativement à ce droit comme à tout autre, c'est par l'objet qu'en doit être déterminée la nature mobilière ou immobilière. Or, la propriété littéraire, artistique ou industrielle, a pour objet un bénéfice pécuniaire, c'est-à-dire quelque chose de mobilier; donc elle rentre dans la classe des meubles par la détermination de la loi, et par une conséquence ultérieure elle tombe dans la communauté, en vertu de l'art. 1401, n° 1, qui, dans sa généralité, s'applique, ainsi qu'on l'a vu, aux meubles incorporels comme aux meubles corporels.

Telle est aussi l'opinion qui a prévalu. On tient généralement, en effet, que la propriété des compositions littéraires ou scientifiques, des œuvres d'art et des inventions exécutées ou faites, soit avant (1), soit pendant le mariage, tombe dans la communauté sans qu'il en soit dû aucune récompense à celui des époux qui en fait l'apport; et que la communauté profite non-seulement du produit des éditions faites avant ou pendant le mariage, mais encore du droit lui-même, du prix de la cession qui en pourrait avoir été faite soit avant le mariage, soit depuis le mariage contracté (2).

Toutefois, cette solution ne règne pas sans partage. Quelques auteurs et notamment M. Toullier (3), admettent bien que la communauté profite du produit des éditions faites avant ou pendant le mariage, et même du prix de cession de la propriété de l'ouvrage; mais ils enseignent que le droit non cédé ne tombe pas lui-même dans la communauté, à moins de stipulation contraire, et par voie de conséquence, ils soutiennent que l'époux auteur de l'ouvrage ou ses héritiers en conservant la propriété à l'exclusion de l'autre époux, celui-ci n'a aucun droit au produit des éditions postérieures à la dissolution de la communauté. Ces auteurs invoquent particulièrement à l'appui de cette doctrine les dispositions de l'art. 39 du décret du 5 février 1810, où on lit : « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, *si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en don-*

(1) Sous ce rapport la communauté légale diffère de la communauté d'acquêts, qui, constituant seulement une société de biens à acquérir, n'a droit, soit à l'œuvre composée ou à ses produits, soit au prix de la cession, qu'autant que l'œuvre est contemporaine de l'union conjugale et n'a pas été créée avant. V. notre second vol., n° 34.

(2) V. MM. Duranton, t. XIV, n°s 131 et suiv.; Glandaz, *Encycl., Comm. conj.*, n° 38; Dalloz aîné, p. 184, n° 19; Zachariæ, t. III, p. 413, et note 8; Taulier, t. V, p. 46.

(3) V. t. XII, n° 116; V. dans le même sens M. Battur, t. II, p. 188.

nent le droit, et à leurs enfants, pendant vingt ans. » Mais sans insister sur ce qu'il y a de contradictoire dans cette doctrine, en ce qu'elle exclut la propriété même de la communauté, où elle fait tomber cependant le prix de cette propriété lorsqu'elle a été aliénée par l'auteur avant ou pendant le mariage, nous ferons remarquer que l'art. 39 du décret de 1810 est manifestement détourné de son objet. Cet article a eu exclusivement pour but de régler la durée de la propriété littéraire et nullement les droits respectifs des époux relativement aux ouvrages composés par l'un d'eux ; il laisse ces droits sous l'empire des règles communes auxquelles il se réfère par ces expressions : *si les conventions matrimoniales de la femme lui en donnent le droit;* ce qui veut dire, non pas que la femme n'aura droit à la propriété d'un livre composé par son mari qu'autant que ce droit résultera pour elle d'une convention expresse insérée au contrat de mariage, mais seulement que ce droit est assuré à la femme en tant qu'il s'accorderait avec les principes généraux du régime sous l'empire duquel elle s'est mariée. Or, lorsque la femme est commune en biens, son droit aux œuvres littéraires composées par son mari dérive de la nature même du régime de la communauté ; il est nettement consacré, comme nous l'avons dit, par la disposition générale et absolue de l'art. 1401 du Code civil.

Les mêmes principes s'appliquent à la propriété des ouvrages dramatiques, des peintures, des dessins, des gravures, des sculptures, des compositions musicales, d'une invention. Ces propriétés tombent, comme choses mobilières, dans la communauté, aussi bien que la précédente, quant au droit et quant aux produits ; et il y aurait même moins sujet de contester le principe, car le décret du 5 février 1810 ayant eu pour objet, comme cela résulte de l'intitulé, le règlement *sur l'imprimerie et la librairie*, et s'appliquant ainsi privativement aux *écrits imprimés*, on ne pourrait même pas tirer argument de l'art. 39 de ce décret contre l'application de l'art. 1401 aux droits particuliers dont nous parlons en ce moment.

Toutefois, et c'est en ceci que la doctrine ci-dessus rappelée de Pothier ne nous semble pas devoir être rejetée d'une manière absolue, nous admettons que le mariage étant dissous soit par la séparation de corps ou de biens, soit par la mort du conjoint de l'auteur, la propriété de l'œuvre doit être laissée à celui qui l'a composée. Évidemment l'auteur doit pouvoir conserver son œuvre pour l'améliorer, lorsqu'il la juge susceptible

d'amélioration ; or un partage ne pourrait qu'entraver l'auteur dans l'exercice de ce droit nécessaire. Mais dans ce cas, on en a fait la très-juste remarque, l'auteur devrait à la communauté une récompense calculée sur la valeur vénale, à dire d'experts, de l'ouvrage au moment de la dissolution de la communauté (1).

364. Quant aux offices, ils constituent aussi, depuis la loi du 28 avril 1816, entre les mains de certains titulaires, une propriété dont il n'importe pas moins de déterminer le caractère.

Ici encore nous rencontrons dans l'ancienne jurisprudence des principes qui ne sauraient être suivis d'une manière absolue. On distinguait, dans la pratique, trois espèces d'offices. La première comprenait tous les offices qui étaient en la pleine disposition du roi et auxquels il n'y avait aucune finance attachée. Tels étaient les gouvernements, les emplois militaires, les offices de la maison du roi, les chaires de professeurs royaux, etc. La seconde espèce était celle des offices qu'on appelait *domaniaux*, parce qu'ils appartenaient au domaine du roi et avaient été engagés moyennant une certaine finance : ils consistaient dans le droit qu'avait le titulaire engagiste d'exercer cette fonction, ou par lui-même s'il en était capable, en se faisant recevoir dans l'office, ou par un commis qu'il faisait recevoir et auquel il donnait l'office à ferme, ou qui lui en comptait de clerc à maître. La troisième espèce, enfin, était celle des offices vénaux, tels que les offices de judicature, tant dans les cours souveraines que dans les siéges inférieurs ; les offices de finances, comme ceux des receveurs de tailles ; les offices de procureurs, d'huissiers, etc. L'on considérait deux choses distinctement dans cette espèce d'offices, d'abord le droit d'exercer la fonction, lequel droit restait dans le domaine public, et ensuite la finance attachée à l'office, qui consistait dans une somme d'argent payée lors de la création de l'office, et à laquelle était attaché le droit de se présenter soi-même ou de présenter une autre personne, pour être pourvue de l'office après avoir été jugée capable. Du reste, en vertu du principe qui laissait dans le domaine public le droit d'exercer la fonction, le roi n'était pas astreint à accorder des provisions à la personne qui lui était présentée ; il pouvait refuser ces provisions sans dire même la cause de son refus, sauf au titulaire à présenter une autre personne jusqu'à ce que le roi en eût agréé une.

Dans cet état de la législation, les offices de la première es-

(1) V. M. Duranton, t. XIV, n° 132.

pèce n'étant pas *in bonis* n'étaient ni meubles, ni immeubles; mais ceux de la deuxième et de la troisième espèce appartenaient à la classe des immeubles : telle était la disposition de la coutume de Paris, art. 95, confirmée, en ce point, par la coutume d'Orléans, art. 485. Toutefois, ces coutumes avaient laissé à cette espèce de propriété quelque chose qui tenait de la nature des meubles, en disant que lorsqu'ils étaient vendus par décret, le prix en devait être distribué par contribution; mais à cet égard même les coutumes de Paris et d'Orléans furent réformées par l'édit du mois de mars 1683, en sorte que les offices finirent par être considérés comme immeubles quant à tous les effets (1).

D'après cela, la propriété des offices était au nombre des biens qui possédés par l'époux au moment où il contractait mariage, n'entraient pas dans l'actif de la communauté. Néanmoins, à l'égard de certains offices, tels que ceux de notaires et de procureurs, auxquels il y avait ordinairement une pratique (2) annexée, il en était autrement à l'égard de cette pratique. C'était l'avis de Pothier (3), qui dit, en effet: « Lorsque l'officier se marie, quoique son office, étant un bien immeuble, n'entre pas dans la communauté légale, *la pratique* ne laisse pas d'y entrer; car cette pratique, qui est composée de différentes créances de sommes d'argent contre différents particuliers, est un bien mobilier. On opposera peut-être que la pratique d'un office est un accessoire de l'office qui doit suivre l'office. La réponse est qu'il est faux que la pratique d'un office soit un pur accessoire de l'office : c'est un bien qui est distingué de l'office, puisqu'il peut en être séparé, et qu'on peut vendre l'office à une personne, et la pratique à une autre. »

Aujourd'hui, il faut aller encore au delà de cette solution. Momentanément supprimée par le décret du 4 août 1789, dont l'art. 7 fit sortir les offices, sous tous les rapports, du domaine privé, la vénalité de certains offices a été rétablie par l'effet de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, à peu près dans les termes où cette vénalité existait autrefois d'après les observations de Pothier. En effet, cette disposition est ainsi conçue : « Les avocats à la cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 92.

(2) On appelait *pratique* toutes les dettes actives de l'étude, c'est-à-dire les créances du notaire pour les actes qu'il avait passés, et celles du procureur pour les instances qu'il avait poursuivies.

(3) V. *loc. cit.*, n° 93.

change, courtiers, commissaires priseurs, pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par la loi. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués. » Ainsi, si l'autorité publique conserve, comme autrefois, le droit de pourvoir aux vacances des offices et de nommer un successeur à chaque titulaire qui résigne ses fonctions, les titulaires de leur côté, ceux du moins que la loi de 1816 a expressément dénommés, ont aussi, comme les titulaires d'autrefois, le droit de présenter ce successeur. Or, dans l'usage, et d'après une jurisprudence constante, l'exercice de ce droit peut être l'objet d'une convention intéressée entre le titulaire de l'office et celui qui aspire à lui succéder. Ce droit de présentation, sinon l'office en lui-même, constitue donc une propriété véritable entre les mains du titulaire : et voilà sous quel rapport l'état actuel de la législation a de l'affinité avec l'ancien droit sur la matière.

Mais il s'en écarte absolument sous un autre rapport : cette propriété était immobilière autrefois; on lui avait assigné ce caractère, parce que les offices avaient fait une partie considérable de la fortune des particuliers (1), considération qui pouvait ne pas manquer de puissance sous l'empire d'une législation qui attribuait aussi aux rentes ce même caractère mobilier. Aujourd'hui, sous l'influence de principes contraires, lorsque toutes les rentes sont mobilières, lorsque la classe des meubles est constituée sans aucun égard à l'importance ou à la valeur des objets qui en font partie, le droit de présentation concédé aux titulaires de certains offices doit rentrer dans la règle commune, et être apprécié, quant à sa nature mobilière ou immobilière, par l'objet même de ce droit. Or, l'objet du droit est purement mobilier, puisqu'il tend à l'obtention d'une somme. Donc le droit lui-même est mobilier. Et par une conséquence ultérieure, tout titulaire d'office transmet à la communauté, en se mariant, non-seulement les produits attachés à sa charge et *la pratique* qui y peut être annexée, mais encore la valeur même de l'office, c'est-à-dire le bénéfice résultant du droit de présentation. Telle est d'ailleurs la jurisprudence constante (2).

(1) V. Pothier, *Des personnes et des choses*, n° 267 *in fine*.

(2) C'est là un point tellement admis en jurisprudence, que nombre d'arrêts qui statuent sur des questions afférentes le posent comme un principe et ne le discutent même pas. Quoi qu'il en soit, la règle a été spécialement appliquée à un office de notaire (Agen, 2 décembre 1836, aff. Baudel); à un office de gref-

A plus forte raison, l'office entre-t-il dans la communauté lorsqu'il a été acquis pendant le mariage. Le droit fût-il immobilier de sa nature, l'office acquis pendant le mariage n'en tomberait pas moins dans la communauté en vertu du principe qui y fait passer les immeubles acquis à titre onéreux pendant la durée de la société conjugale. C'est par ce motif que même sous l'empire de l'ancienne jurisprudence où la nature immobilière du droit avait été proclamée, l'acquisition, dans le cas proposé, était faite cependant pour la communauté. « Lorsqu'un homme, dit en effet Pothier (1), durant la communauté, acquiert un office, dans lequel il se fait recevoir, il n'est pas censé, en s'y faisant recevoir, le prendre à ses risques. Cet office, *quoiqu'il s'y soit fait recevoir*, est un conquêt de la communauté, qui est par conséquent aux risques de la communauté, et qui périt pour la communauté, soit en cas de suppression, soit en cas de perte de l'office, par la mort du conjoint qui en était pourvu, et qui n'a pas payé la paulette (2). » La nature mobilière du droit fournit aujourd'hui une raison de plus pour faire décider que l'acquisition à titre onéreux pendant le mariage a pour effet, en principe, la transmission du droit à la communauté.

On doit dire même qu'à raison de ce caractère mobilier du droit, la collation qui en serait faite aujourd'hui, à titre gratuit, pendant le mariage, ne devrait pas profiter exclusivement au titulaire investi, mais aussi à la communauté. Ce n'est pas sans doute une donation dans le sens naturel et ordinaire de ce mot, et sous ce rapport la communauté ne pourrait pas invoquer la disposition expresse de l'art. 1401 qui fait passer dans l'actif social le mobilier *échu par donation*. Mais l'acquisition a sa source dans une concession faite par le gouvernement à la capacité du titulaire; et justement considérée dès lors comme un fruit du travail ou de l'industrie du titulaire, la valeur de l'office qui dans ce cas profiterait à la communauté d'acquêts (3), doit, à plus forte

fier (*Req. rej.*, 8 mars 1843, aff. Knœpffler); à un office d'huissier (Bordeaux, 6 janvier 1846, aff. Tatin); etc.....

(1) *De la communauté*, n° 663.

(2) On entendait par la *paulette* le droit que les titulaires de certains offices devaient payer tous les ans au roi pour faire passer la propriété des offices à leurs héritiers. Qualifié de *droit annuel* par les financiers, ce droit fut appelé par le peuple la paulette, du nom de Paulet, qui en avait été l'inventeur et en fut le premier fermier.

(3) V. à cet égard notre second volume, n° 39.

raison, profiter à la communauté légale, conformément aux règles précédemment exposées (1).

Du reste, si la valeur de l'office tombe dans la communauté, soit que l'office ait été acquis pendant le mariage, soit que le titulaire en eût déjà la possession à l'époque où il s'est marié, ce n'est pas à dire que ce titulaire, lorsque le mariage vient à se dissoudre par la mort de son conjoint, puisse être contraint par les héritiers du défunt à réaliser le prix de l'office en vendant. Telle était déjà l'opinion suivie sous l'ancienne jurisprudence pour le cas où l'office avait été acquis à titre onéreux pendant le mariage, seul cas, comme on sait, où l'acquisition d'un office profitait à la communauté. Pothier (2) invoquait en faveur de la solution l'indécence qu'il y aurait à dépouiller un officier de son office, si l'on écoutait la demande des héritiers du conjoint tendante à la vente de cet office ou à la licitation. Cette considération n'aurait pas moins de poids aujourd'hui. L'on peut, d'ailleurs, ajouter que l'office en lui-même n'est pas dans le commerce, et par conséquent que les héritiers du conjoint défunt n'ont aucun droit de disposer de cet office qui est entre les mains du titulaire survivant; qu'ils n'ont même le droit de présentation qu'à défaut du titulaire; et qu'enfin, ils sont sans aucun prétexte dans leur réclamation, si ce dernier les désintéresse par un payement proportionné à leur droit (3).

Mais il faut du moins que les héritiers soient désintéressés par ce payement, car s'ils n'ont aucun droit, aucune action sur l'office lui-même, ils ont au moins sur le prix un droit de créance qui ne saurait leur être contesté. Il reste seulement à déterminer l'étendue de cette créance. Doit-elle être fixée d'après la valeur de l'office au moment de l'acquisition? ou bien d'après sa valeur à la dissolution de la communauté? ou bien enfin d'après la valeur que l'office a pu acquérir ou à laquelle il a pu être réduit

(1) C'est la doctrine qui prévaut en jurisprudence. V. Douai, 15 novembre 1833 (aff. Ducorroy); Agen, 2 décembre 1836 (aff. Baudet); Paris, 23 juillet 1840 (aff. Racine). Dans cette dernière espèce, il s'agissait d'un échange d'office; le principe que la communauté profite de la valeur des offices acquis à titre onéreux ou à titre gratuit pendant le mariage, a été étendu à ce cas. — Toutefois la jurisprudence présente aussi quelques solutions contraires à celles qui viennent d'être citées. V. Metz, 24 décembre 1835 (aff. Gillet), et Bordeaux, 2 juillet 1840 (aff. Bourinet).

(2) V. *De la communauté*, n° 663.

(3) *Conf.* MM. Duranton, t. XIV, n° 130; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 45; Toulier, t. XII, n° 112; Battur, t. I, n° 186; Zachariæ, t. III, p. 413, et note 7; Taulier, t. V, p. 47.

après la dissolution de la communauté? Sur ce point, l'ancienne jurisprudence avait consacré en principe que la valeur de l'office, au moment de l'acquisition, devait seule être prise en considération. Cette solution était fondée sur ce que la déclaration faite par le mari après la dissolution de la communauté qu'il entendait retenir l'office, avait un effet rétroactif au temps de l'acquisition, effet par suite duquel le mari était réputé avoir fait l'acquisition pour son compte plutôt que pour celui de la communauté. D'après cela, quelle que fût la valeur à laquelle l'office fût monté, le mari ne devait jamais récompense à la communauté que de la somme payée pour l'acquisition de l'office. Pothier (1), qui résume cette jurisprudence et semble en accepter les données, en signale cependant les inconvénients et rappelle l'opposition de Dumoulin. « Il paraît néanmoins en cela, dit-il en effet, quelque apparence d'injustice, car l'office, depuis qu'il a été acquis, jusqu'à la déclaration que le mari a faite après la dissolution de la communauté, qu'il entendrait le retenir, ayant été toujours aux risques de la communauté, dans laquelle le mari n'eût pas manqué de le laisser, s'il fût considérablement diminué, ou s'il fût péri, il semble que l'équité demande que la communauté, qui aurait souffert la perte, profite de l'augmentation, suivant cette règle d'équité, *ubi periculum, ibi et lucrum*... Par ces raisons, Dumoulin, sur l'art. 111 de l'ancienne coutume de Paris, décide, contre l'avis de Chartier, que le mari qui veut retenir l'office doit récompense à la communauté, non du prix qu'il a coûté, mais du prix qu'il vaut lors de la dissolution de la communauté. Mais ce sentiment de Dumoulin n'a pas été suivi; et il a prévalu, suivant l'avis de Chartier, que le mari ne devait récompense que du prix que l'office avait coûté... »

Ces considérations, qui n'avaient pu prévaloir sur l'ancienne jurisprudence, ont exercé, au contraire, la plus grande influence sur la jurisprudence nouvelle. Les arrêts ont décidé (2), et c'est aussi l'opinion des auteurs (3), que la récompense ou la part re-

(1) V. *De la communauté*, n° 667.

(2) V. Douai, 15 novembre 1833 (aff. Ducorroy); Agen, 2 décembre 1836 (aff. Baudet); Paris, 23 juillet 1840 (aff. Racine); 6 avril 1843 (aff. N...), et Bordeaux, 6 janvier 1846 (aff. Tatin). — Parmi ces arrêts, les uns écartent la prétention d'après laquelle la valeur de l'office aurait dû être déterminée d'après le prix auquel il aurait été vendu après la dissolution de la communauté; les autres condamnent l'avis selon lequel la valeur aurait dû être fixée d'après le prix d'acquisition de l'office.

(3) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 130; Toullier, t. XIII, n° 175; Zachariæ,

venant aux héritiers du conjoint du titulaire, doit être fixée d'après la valeur de l'office au moment où la communauté est venue à se dissoudre.

Tel est aussi notre avis, en principe; seulement, nous ferons remarquer que s'il s'était écoulé peu de temps entre la dissolution de la communauté et la date de la cession du droit par le titulaire demeuré en possession, il semblerait juste de prendre plus particulièrement en considération le prix auquel la cession aurait été faite. La possession du titulaire devrait alors être considérée comme un acte d'administration fait dans l'intérêt de tous, et la dépréciation que l'office aurait éprouvée devrait, à moins qu'elle fût imputable à la négligence du titulaire, être supportée en commun. Cette solution a été consacrée par la cour de Paris dans une espèce où il s'agissait, non pas d'un office, mais d'un fonds de commerce (1): les principes et la raison de décider sont évidemment les mêmes dans l'un et l'autre cas.

365. Les principes, disons-nous, sont les mêmes entre les offices et les fonds de commerce. De là, il résulte qu'un fonds de commerce, soit qu'il ait été possédé par l'un des époux au moment du mariage, soit qu'il n'ait été acquis qu'après la formation de la société conjugale, passe, comme la valeur vénale des offices, dans l'actif de cette société : par *fonds de commerce* nous entendons non-seulement les marchandises et le mobilier dont le fonds peut être garni, mais encore l'achalandage ou la clientèle. La clientèle n'est pas moins que les marchandises une chose mobilière, relativement au commerçant qui l'exploite; il n'y a donc aucun motif d'exclure de la communauté cet élément essentiel des bénéfices produits par le commerce ou par l'industrie, si le contrat de mariage n'en contient pas la réserve. Vainement on objecterait que cette clientèle est variable, qu'elle est le résultat de la confiance inspirée au public par la personne du commerçant; car cette objection peut être opposée encore avec plus de force en matière d'offices qu'en matière de fonds de commerce, ce qui n'empêche pas, comme on l'a vu, que tous les droits résultant de la possession d'un office ne passent à la communauté. Or, il impliquerait que ce qui est décidé, sous ce rapport, relativement à la clientèle des offices transmissibles, ne le fût pas également pour l'achalandage d'un fonds de commerce; aussi la

t. III, p. 413, note 7; Glandaz, *loc. cit.*, n° 43; Dard, *Tr. des offices*, p. 381.

(1) Arrêt du 22 mars 1834 (aff. Vallansot). V. aussi dans ce sens, M. Glandaz, *loc. cit.*

jurisprudence a-t-elle établi une assimilation parfaite entre ces deux espèces de valeurs. La cour de Paris a considéré, en effet, comme tombant dans la communauté un fonds de commerce de boulangerie (1); la cour de Metz a consacré les mêmes solutions à l'égard de l'achalandage d'une pharmacie acquise par le mari avant son mariage (2).

366. La communauté ne profite pas seulement des choses mobilières dont l'acquisition a son principe dans l'industrie ou dans le travail commun ou particulier des époux; elle peut encore acquérir par des causes auxquelles le travail et l'industrie sont complétement étrangers. Entre autres causes d'acquisition, on peut indiquer les dons de fortune, comme la découverte d'un trésor, le gain fait à la loterie, les bénéfices résultant du jeu ou d'un pari, etc.; on peut indiquer encore les dommages-intérêts provenant de voies de fait commises contre l'un des époux, etc. Comment et dans quelle mesure les choses mobilières provenant de ces sources diverses entrent-elles dans la communauté? La question est dominée par un principe commun, celui qui attribue à la communauté les choses mobilières acquises par les époux pendant la durée de la société conjugale. Mais les auteurs, en général du moins, ne se sont pas arrêtés à cette raison de décider; de là vient que, sur plusieurs des points indiqués, la doctrine présente des controverses que nous allons apprécier.

367. D'abord, en ce qui concerne le trésor découvert, nombre d'auteurs ont distingué : ou le trésor, ont-ils dit, a été trouvé dans un immeuble propre à l'un des époux, et alors la moitié qui appartient à cet époux comme propriétaire du fonds lui demeure personnelle comme le fonds lui-même, car ce trésor n'est pas un fruit, puisqu'aux termes de l'art. 598 du Code civil, l'usufruitier n'y a aucun droit; ou le trésor a été découvert par l'un des époux dans le fonds d'autrui, et alors la moitié qui appartient à cet époux comme inventeur tombe dans la communauté; ou enfin le trésor a été découvert dans un immeuble de la communauté soit par un tiers, soit par l'un des époux, et alors le trésor appartient à la communauté jusqu'à concurrence de la moitié dans le premier cas, et pour le tout dans le second (3).

(1) V. l'arrêt cité à la note précédente.

(2) V. arrêt du 3 juin 1841 (aff. Gilbrin).

(3) La majorité des auteurs se prononce en ce sens. V. MM. Delvincourt, édit. de 1824, t. III, aux notes de la p. 10, note 1; Duranton, t. XIV, n° 133;

C'est la doctrine de Pothier suivie dans tous ses développements. En effet, Pothier prévoit le cas où l'on aurait trouvé, durant la communauté, un trésor dans l'héritage propre de l'un des conjoints, et il dit : « Quoique ce trésor soit un mobilier, le tiers (1) qui en appartient au conjoint, en sa qualité de propriétaire de cet héritage, ne doit point entrer dans la communauté, parce que c'est quelque chose qui lui est provenu de son héritage propre, sans en être un fruit. — A l'égard du tiers, qui appartiendrait à l'un des conjoints dans le trésor, en sa qualité de seigneur haut justicier, comme ayant été trouvé dans le territoire de sa justice, ce tiers appartient à la communauté comme fruit de son droit de justice. — Il n'est pas douteux que le tiers qui appartient *jure inventionis*, au conjoint qui l'a trouvé durant la communauté, appartient à la communauté, de même que toutes les choses que chacun des conjoints acquiert durant la communauté (2). »

Mais cette doctrine n'a pas été généralement adoptée dans toutes ses déductions. D'autres auteurs, tout en admettant que *la moitié du trésor que l'époux acquiert comme inventeur lorsqu'il en fait la découverte dans le fonds d'autrui tombe dans la communauté*, enseignent, au contraire, que lorsque le trésor est découvert dans le fonds de l'un des époux, par l'époux lui-même, ce trésor est exclu pour le tout de la communauté, parce que, disent ces auteurs, l'art. 552 a posé en principe que « la *propriété du sol emporte la propriété du dessous* » ; et que l'art. 716 n'a fait que consacrer une conséquence de ce principe, lorsqu'il a dit que « la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds (3). »

A notre avis, ni l'une ni l'autre opinion ne doivent être suivies. D'abord, elles ont le tort commun de prendre en considération

Demante, *Thémis*, t. VIII, p. 181 ; Dalloz aîné, t. X, p. 186, n° 30 ; Glandaz, *loc. cit.*, n° 47 ; Zachariæ, t. III, p. 413, et note 9 ; Marcadé, sur l'art. 716, n° 2, et Gilbert, *Cod. ann.* sur l'art. 1401, n° 23.

(1) L'art. 716 du Code civil ne fait que deux parts égales du trésor, l'une pour l'inventeur, l'autre pour le propriétaire du fonds. Mais dans l'ancien droit, le trésor, en général du moins, était divisé en trois parts, dont la troisième était réservée au seigneur haut justicier ou au roi, suivant que le trésor avait été découvert dans le territoire d'une justice seigneuriale ou dans un territoire soumis à la juridiction directe du roi.

(2) *Tr. de la communauté*, n° 98.

(3) V. MM. Toullier, t. XII, n^os^ 129 et suiv.; Battur, t. I, n° 161 ; Bellot, t. I, p. 151 ; Taulier, t. V, p. 53.

les règles établies pour la répartition d'un trésor découvert, et d'appliquer ces règles à une matière pour laquelle elles n'ont évidemment pas été faites. Les dispositions anciennes aussi bien que le Code civil, lorsqu'ils ont distribué le trésor découvert entre diverses personnes, ont eu, sans aucun doute, pour but unique d'aviser aux différends qui pourraient s'élever entre le propriétaire du fonds et l'inventeur du trésor, et d'asseoir sur les bases les plus équitables les droits respectifs qu'ils pourraient avoir l'un et l'autre sur la chose trouvée. C'est donc détourner ces règles de leur objet véritable que de s'en servir aussi pour déterminer, lorsque la répartition est une fois faite, le caractère et l'étendue du droit qui, eu égard aux relations qui existent entre l'inventeur du trésor ou le propriétaire du fonds avec d'autres personnes, appartient au propriétaire ou à l'inventeur sur la part qui a dû lui être faite dans le trésor.

D'un autre côté, considérées séparément, les opinions qui viennent d'être résumées sont loin de satisfaire la raison. Que dit-on, en effet, dans la première, pour justifier l'idée que l'époux doit conserver en propre la moitié qui lui est attribuée comme propriétaire du fonds dans lequel le trésor a été découvert? Que cette moitié est quelque chose qui lui appartient comme une chose provenant de son immeuble propre sans en être le fruit. Ainsi, on assimile cette moitié du trésor aux produits des mines et des carrières ouvertes pendant le mariage, produits qui, on le verra bientôt, demeurent propres à l'époux. Mais comment n'a-t-on pas aperçu que l'assimilation est des plus imparfaites? Les produits des mines et des carrières ouvertes pendant le mariage restent propres à l'époux, sans doute: mais pourquoi? Parce qu'ils sont une partie du fonds lui-même; parce qu'ils appauvrissent ce fonds; et parce que la communauté, contre toutes les règles de la matière, s'enrichirait au détriment de l'un des deux époux si elle profitait de ces produits sans en devoir récompense. En est-il ainsi du trésor? Non; car le trésor n'est pas une fraction de la propriété: l'immeuble vaut, après la découverte, ce qu'il valait avant. A quel titre donc le propriétaire du fonds prétendrait-il à une indemnité?...

Et dans le second système, comment établit-on que l'époux doit conserver pour le tout le trésor qu'il a découvert dans son propre fonds? Par le motif que l'art. 716, en attribuant la propriété du trésor à celui qui le trouve dans son immeuble ne fait qu'une application du principe posé dans l'art. 512, d'après lequel la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Ainsi on suppose que, dans la pensée de la loi exprimée à la première partie de l'art. 716, la *totalité* du trésor appartient *jure soli* à celui qui le découvre dans son propre fonds! Mais qui ne voit que c'est là une supposition inadmissible? Si le principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et la propriété du dessous avait été considéré comme susceptible d'application au trésor découvert, le législateur lui-même l'aurait évidemment méconnu lorsque, prévoyant l'hypothèse où le trésor est trouvé par un tiers, il n'en attribue que la moitié au propriétaire du fonds : c'est la totalité qui aurait dû lui être attribuée encore dans ce cas. Il faut donc reconnaître qu'alors même que les qualités de propriétaire du fonds et d'inventeur du trésor se trouvent réunies, le droit au trésor se décompose ; et que si le propriétaire du fonds conserve la totalité, c'est que propriétaire et inventeur à la fois, chacune de ces qualités lui attribue une moitié du trésor découvert (1). Cela étant, il devient impossible de s'expliquer pourquoi, dans le système que nous combattons, on ferait prévaloir la qualité de propriétaire sur celle d'inventeur, à l'effet d'exclure le trésor pour le tout de la communauté, plutôt que de l'y faire tomber pour le tout, en faisant prévaloir la qualité d'inventeur sur celle de propriétaire. La préférence que l'on accorde au titre de propriétaire est évidemment arbitraire ; et elle l'est d'autant plus qu'en définitive, si l'on va dans le fond des choses, le droit du propriétaire du fonds, en ce qui concerne la propriété d'un trésor découvert, ne repose pas sur des principes aussi certains que celui de l'inventeur. Car, comme le dit M. Demante, en s'attachant à cette idée que le trésor est une chose mobilière dont le maître est ignoré, et que, dans cette ignorance, le trésor peut en quelque sorte être considéré comme sans maître ; on serait naturellement porté à l'attribuer en entier à l'inventeur par droit d'occupation, plutôt qu'au propriétaire du sol, qui ne peut s'attribuer comme propriétaire du dessous et du dessus, les objets mobiliers qui n'ont point été placés dans son fonds à perpétuelle demeure.

Ainsi, dans tous les systèmes, dans le premier aussi bien que dans le second, on rencontre contre la solution proposée des objections insurmontables : force est donc de laisser de côté les art. 512 et 716, qui, encore une fois, n'ont aucun trait à la question, et de chercher ailleurs la solution du problème. Or, à notre avis, les principes généraux en matière de communauté y suffisent

(1) V. MM. Duranton et Demante, *loc. cit.*

largement. Le trésor est-il un fruit? Non sans doute, puisque l'usufruitier n'a aucun droit au trésor qui pourrait être trouvé pendant la durée de l'usufruit (art. 598) : la communauté ne pourra donc pas prétendre à ce trésor, considéré comme fruit de l'héritage de l'époux dans le fonds duquel il a été découvert. Mais, si le trésor n'est pas un fruit, il est essentiellement une valeur mobilière, en sorte que si la communauté n'y peut prétendre comme fruit, elle a au moins le droit de le revendiquer comme meuble, en vertu du principe général qui fait passer dans l'actif social les meubles et les valeurs mobilières acquis à un titre quelconque pendant la durée de la société conjugale à l'un ou à l'autre époux.

M. Duranton, qui développe l'une des deux opinions que nous avons combattues, annonce qu'il a *entendu soutenir* celle que nous adoptons comme de beaucoup plus sûre que les autres. Nous le croyons sans peine, d'autant plus que cette doctrine a été développée tout au long, dans leurs écrits, par des jurisconsultes justement célèbres. Dans l'ancien droit, d'Argentré, Duplessis, Lebrun (1), et

(1) D'Argentré, après avoir rappelé que pas plus que l'usufruitier, le mari n'a droit au trésor trouvé dans l'immeuble dotal appartenant à sa femme et dont il a la jouissance, examine la question au point de vue de la *Cout. de Bretagne*, dont l'art. 408 « mettait les meubles à la disposition du mari avec le pouvoir d'en faire sa volonté, » et il dit : « Nunc quidem vendicare poterit et consumere (thesaurum), non uti in fundo uxorio repertum, *sed quia in mobilium vim et numerum cadit.* Ideoque et mariti arbitrium est ex articulo 408 *infrà.* » V. sur la *Cout. de Bretagne*, art. 53, nota 2, n° 8. — A un point de vue plus général, Duplessis et ses annotateurs Berroyer et de Laurière, enseignaient la même doctrine. Ces auteurs, après avoir indiqué qu'en droit civil le mari devait restituer la dot après la dissolution du mariage, avec les meubles qui avaient été acquis à la femme, soit par donation, soit par succession, soit autrement, ajoutent : « Or parmi nous, il n'en va pas de même ; car y ayant communauté entre les conjoints, et tous les meubles y entrant de plein droit, de quelque part qu'ils puissent venir à la femme pendant le mariage, il *semble que le trésor, qui est un meuble, doit entrer dans la communauté;* on appelle un trésor trouvé *donum Dei;* et comme tout ce qui est donné *de meubles à la femme entre en la communauté, il suit que le trésor y doit pareillement entrer...* » Plus loin, les mêmes auteurs disent encore : « Chopin, sur Paris, lib. I, tit. I, n° 30, dit que l'argent caché de temps immémorial dans un lieu est réputé immobilier ; mais cela n'est pas véritable, parce que cet argent n'est pas un fruit de l'héritage où il est trouvé; et *comme c'est une chose mobilière, il doit par conséquent entrer en communauté.* V. sur ce sujet M. d'Argentré, sur la *Cout. de Bretagne*, art. 52, not. 2, num. 7, 8 et 9 (indication fautive; il faut lire : art. 53, not. 2, n° 8). » V. *Tr. de la communauté*, chap. II, de ce qui entre en communauté, 3° et la note 4 (édit. de 1726, p. 363). Enfin, la même doctrine est suivie par Lebrun, qui dit : « On demande si

sous l'empire du Code civil, MM. Merlin et Bugnet (1), en ont été les savants interprètes ; et nous ne doutons pas qu'ainsi appuyée sur la raison d'abord et ensuite sur des autorités aussi puissantes, cette opinion ne reçût, le cas échéant, la sanction complète de la jurisprudence (2).

368. Il n'y a pas de différence, en ce qui concerne les droits de la communauté, entre le gain de fortune résultant de la découverte d'un trésor, et le gain fait à une loterie par l'un des époux. Dans le cas d'une communauté réduite aux acquêts, cette espèce de bénéfice, à notre avis du moins, ne profite pas à l'actif social (3), parce que le travail, l'industrie, et les économies faites sur les revenus et les fruits des propres respectifs sont les seuls éléments de la composition active de cette communauté restreinte, et que ces causes diverses ne sont pour rien dans le bénéfice résultant d'un bon billet pris par l'un des époux dans une loterie. Mais l'actif, dans le système de la communauté légale, n'est pas resserré dans ces limites étroites; les titres lucratifs dont chacun des époux peut exciper profitent à cette communauté, même ceux empreints au plus haut degré du caractère de personnalité, comme sont les successions et les donations (4). Il est donc tout

quand on trouve un trésor dans le fonds dotal, ce trésor entre en la communauté?... J'estime que le mari jouit de la part du trésor qui est dû à sa femme, selon notre droit, non pas comme usufruitier; car un trésor n'est pas un fruit, ni civil, ni naturel, ni industrieux, mais comme maître de la communauté, *dans laquelle cette part de la femme doit entrer comme tout autre meuble*..... Régulièrement la propriété de cette part qui reste à la femme comme propriétaire du fonds, doit aussi entrer en la communauté, à la différence de l'usage du pays de droit écrit, où les meubles de succession ou de donation restent à la femme, et lui sont rendus avec la dot, sauf l'usufruit du mari... » V. *Tr. de la communauté*, liv. I, chap. v, sect. II, dist. 2, n° 22 (édit. de 1709, p. 106).

(1) « Tout ce qui résulte de l'art. 598, dit M. Merlin, c'est qu'un trésor trouvé n'est pas considéré comme un fruit de l'héritage de celui des époux dans lequel la découverte en a été faite. Du reste, pour n'être pas un fruit de cet héritage, le trésor trouvé n'en est pas moins un meuble ; et dès lors il faut que, comme tel, il tombe dans la communauté. » — *Rép.*, v° *Comm. de biens*, § 2, n° 4 1°. C'est aussi par ce motif que se détermine M. Bugnet dans ses notes sur Pothier, t. VII, p. 93, note 2.

(2) Ces lignes étaient écrites lorsque nous avons pris connaissance d'un *Traité sur le contrat de mariage*, récemment publié par M. Odier, de Genève, et dans lequel l'auteur se range au même avis. V. t. I, n° 86. *Adde* dans le même sens M. Mourlon, p. 17.

(3) V. t. II, n° 37.

(4) V. *suprà*, n°s 356, 359, 360.

naturel que l'époux qui gagne à une loterie transmette immédiatement son bénéfice à la communauté.

369. Pareillement, bien que les bénéfices résultant du jeu ou d'un pari, ou les objets que l'un des époux a pu acquérir par la prescription, ne soient pas le produit d'une industrie proprement dite, ce qui, dans notre sentiment, les exclut de l'actif d'une communauté réduite aux acquêts (1), ces bénéfices n'en doivent pas moins être acquis à la communauté légale par les motifs mêmes qui lui font acquérir le gain obtenu dans une loterie.

370. Mais que décider à l'égard de la somme accordée en justice à l'un des époux à titre de dommages-intérêts pour voies de fait commises sur la personne de cet époux? La cour de Colmar a décidé, dans une espèce où une femme avait été réduite à l'incapacité de travailler, que les dommages à elle accordés par la cour d'assises tombent dans la communauté (2). Cette cour a justement considéré, d'une part, que la disposition de l'art. 1401 est générale et n'admet d'autre exception que celle qu'il indique, et que d'ailleurs, ce n'était pas la femme seule qui dans l'espèce avait souffert du dommage, mais aussi la communauté, puisque celle-ci devait supporter la perte et les dépenses qui sont faites lorsqu'un époux est incapable de concourir, par son travail, à son entretien personnel et à celui du ménage; et d'une autre part, que la femme n'ayant pu dans l'espèce, se constituer partie civile et réclamer des dommages-intérêts sans l'autorisation de son mari, la communauté se trouvait par cela même engagée en cas d'une condamnation aux dépens dans le procès criminel, ou même dans le cas d'insolvabilité de l'accusé condamné aux frais : en sorte que la communauté étant passible de la perte, il était équitable que, par une juste réciprocité, elle profitât des frais. Ces considérations rentrent pleinement dans les observations ci-dessus déduites; nous ne pouvons donc que les approuver.

371. Enfin la communauté légale profite des choses mobilières qui adviennent aux époux en considération de leur capacité ou en récompense de services par eux rendus. Ces avantages qui sont susceptibles d'entrer dans la communauté même réduite aux acquêts (3), doivent à plus forte raison profiter à l'actif de la communauté légale.

(1) V. t. II, nos 38 et 41.
(2) Arrêt du 11 avril 1828 (aff. Halifftermeyer).
(3) V. t. II, no 40.

Nous plaçons dans cette catégorie les avantages pécuniaires que procure une fonction publique, si éminente qu'elle soit et à quelque somme que s'élèvent les émoluments qui y sont attachés. Les fonctions publiques sont sans doute par leur nature hors du commerce et ne font pas partie des biens du titulaire ; ce n'est donc pas le droit d'exercer la fonction qui tombe dans la communauté, comme il arrive pour le droit résultant de la possession d'un office compris dans la classe de ceux en faveur desquels la loi a établi la faculté de présentation (1). Mais il en est autrement des honoraires attachés à l'emploi ; ces honoraires sont le prix du travail, la rétribution du temps employé : et jusqu'à un certain point ils participent de la nature des valeurs mobilières dont nous nous sommes occupés dans la précédente catégorie ; il est donc juste que, comme ces dernières valeurs, ces honoraires tombent dans la communauté légale si le contrat de mariage ne contient aucune réserve.

Les gratifications extraordinaires accordées à l'un des époux pendant le mariage en récompense de services par lui rendus à l'État rentrent dans la même catégorie. Des arrêts ont fait l'application de cette règle dans le cas d'une communauté réduite aux acquêts. Ces décisions et les motifs sur lesquels elles sont fondées étant entièrement applicables au cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, nous nous bornons à y renvoyer le lecteur (2).

Rappelons seulement ici que la règle reçoit exception relativement à certaines pensions déclarées incessibles et insaisissables par des lois spéciales (3).

N° 2. — *Des fruits et revenus.*

Sommaire.

372. Transition aux fruits considérés comme éléments de la composition de la communauté légale.

373. Les fruits échus ou perçus *avant* le mariage tombent comme meubles

(1) V. *suprà*, n° 364.

(2) V. t. II, n° 40.

(3) V. *suprà*, n° 353. — Ajoutons cependant que dans une circonstance particulière il a été fait une exception d'une autre nature relativement à un don purement honorifique fait par un prince. Il a été décidé dans ce cas que l'objet donné (une tabatière) ne tombait pas dans la communauté et appartenait exclusivement à l'époux donataire. Bastia, 26 février 1840 (aff. Pierraggi).

dans la communauté ; la loi parle seulement des fruits échus ou perçus durant la communauté ; et pourquoi ?

374. A l'égard de ces fruits, la règle qui les fait tomber dans la communauté est absolue et s'applique à tous les fruits perçus sur les biens propres de chaque époux, quel que soit le titre de la possession.

375. Suite.

376. *Quid* des fruits perçus par l'époux qui, en cas d'absence de son conjoint, a opté pour la continuation de la communauté ?

377. *Quid* dans le cas d'une condamnation prononcée par contumace contre l'un des époux ?

378. Dans quelle mesure et d'après quelles règles les fruits sont-ils acquis à la communauté ? — Distinction.

379. Des produits ordinaires ou des fruits proprement dits. — *Diverses* espèces de fruits.

380. Les fruits naturels et les fruits industriels sont acquis à la communauté par la perception, ou même par leur séparation du sol.

381. Toutefois, la communauté peut n'être pas déchue de son droit aux fruits, bien que la récolte soit encore sur pied au moment où la communauté vient à se dissoudre. — Des récoltes retardées.

382. Des récoltes anticipées. — Distinctions.

383. En dehors de ces circonstances le principe reprend son empire. Ainsi la communauté acquiert les fruits pendants par racines au moment où elle s'est établie, et réciproquement l'époux propriétaire acquiert ceux qui sont dans le même état à la dissolution de la communauté, le tout néanmoins sauf les droits acquis sur ces fruits aux tiers, spécialement au colon partiaire.

384. Toutefois l'époux propriétaire n'a droit à aucune récompense pour les frais de semences et de labours qui ont amené la récolte sur pied au moment du mariage ; et, au contraire, la communauté doit être indemnisée de ceux qu'elle a faits pour les fruits pendants par branches ou par racines au moment de la dissolution.

385. Bien plus, dans ce dernier cas, l'époux qui profite de la récolte ne pourrait se dispenser, en l'abandonnant à la communauté, de payer la récompense.

386. Mais il doit cette récompense à la communauté et non pas à son conjoint personnellement. — Conséquences.

387. Au surplus, ces solutions doivent être admises seulement en tant qu'il s'agit de régler les rapports respectifs des époux avec la commu nauté ; elles sont susceptibles de modification lorsqu'un tiers se trouve intéressé. — Exemples.

388. Transition aux fruits civils. — Règles d'après lesquelles ces fruits sont acquis à la communauté.

389. Ces règles, par suite d'une innovation législative, s'appliquent aujourd'hui aux prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons.

390. Mais les biens ruraux sont susceptibles de produire successivement des fruits naturels et des fruits civils. — Comment se règlent les droits de la communauté lorsque cette combinaison se réalise pendant sa durée.

391. Les droits de la communauté, en ce qui concerne les produits ordinaires

des époux, s'étendent aux propres mobiliers comme aux propres immobiliers. — Renvoi.

392. Des produits extraordinaires des propres des époux. — Texte de l'article 1403.

393. D'après cet article, la communauté est assimilée, sous divers rapports, à l'usufruitier.

394. Suite.

395. Mais sous d'autres rapports, il y a une différence notable : à l'opposé de ce qui a lieu, en matière d'usufruit, il est dû récompense, en matière de communauté, pour les coupes qui ayant pu être faites, durant la société conjugale, sur les propres des époux, ne l'ont pas été.

396. La récompense est due à la communauté, et non pas à l'époux non propriétaire, comme le dit l'art. 1403. — Conséquences.

397. Des produits des mines et des carrières.

398. Ils tombent dans la communauté lorsque la mine ou la carrière était ouverte avant le mariage.

399. Mais ceux qui sont extraits des mines ou des carrières ouvertes depuis le mariage donnent lieu à une récompense s'ils sont versés dans la communauté.

400. A qui la récompense est-elle due et en quoi consiste-t-elle?

372. La seconde disposition de l'art. 1401 du Code civil fait tomber dans la communauté légale « tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de la célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage. » Ainsi, toute espèce de fruits tombent dans la communauté, et cela même quand les biens d'où ils proviennent n'y tombent pas. C'est que les fruits étant destinés à satisfaire aux charges du ménage, il était juste de les attribuer à la communauté, qui est naturellement appelée à supporter ces charges.

373. Mais lorsqu'elle range les fruits parmi les éléments de l'actif, la loi, on le voit, s'occupe seulement de ceux échus ou perçus pendant la durée de la communauté. Cela se comprend à merveille : les fruits échus ou perçus avant le mariage, et par conséquent avant la formation de la société conjugale, ne sont plus que des valeurs mobilières dans les mains des époux; à ce titre seul ils devaient tomber, sans exception aucune, dans l'actif de la communauté légale, en vertu des principes qui attribuent à la communauté tous les meubles possédés par les époux au moment du mariage (1); il n'y avait donc pas à se préoccuper de

(1) La pensée ne nous était pas venue, et n'était venue probablement encore à personne, que ce point pût être mis en question. Cependant nous trouvons,

leur qualité primitive de fruits, qui, désormais absorbée par la qualité générale de meubles, ne pouvait ajouter rien aux droits de la communauté.

Au contraire, relativement aux fruits et revenus échus ou perçus pendant la durée de la société conjugale, il était important de s'expliquer. Sans doute ces fruits et revenus sont aussi des objets essentiellement mobiliers, et l'on pourrait dire que le principe une fois posé que tout le mobilier acquis pendant la durée de la communauté entrerait dans son actif, il devenait inutile de faire une disposition spéciale pour attribuer ces fruits et revenus à la communauté. Pothier a répondu à cette objection par des considérations qui ont déterminé les dispositions de la loi (1), et qui depuis ont été généralement reproduites par les auteurs. (2). « Je réponds, a-t-il dit (3), que cela n'est pas inutile, et que la qualité de fruits qu'ont ces choses, est une qualité particulière qu'ils ont pour entrer dans la communauté légale, dis-

dans le traité récemment publié par M. Odier, t. I, n° 92, non pas seulement l'expression d'un doute, mais une proposition contraire formulée avec toute la rigueur d'un principe. L'honorable professeur de Genève, après avoir rappelé que les fruits, pour être biens communs, doivent, suivant l'expression de la loi, être *échus ou perçus* pendant l'association conjugale, ajoute : « Ceux échus ou perçus *avant ou après cette époque sont ou redeviennent propres.* » — Sans doute les fruits échus ou perçus après la dissolution de la communauté sur un propre de l'un des époux sont propres eux-mêmes à cet époux ou à ses héritiers, cela n'est pas contestable. Mais dire que les fruits échus avant la célébration du mariage sont aussi des propres pour l'époux propriétaire, c'est mettre en avant la plus inadmissible des propositions. Il s'ensuivrait, en effet, que celui qui se marie sous le régime de la communauté légale conserve en propre le blé qu'il a dans ses greniers ; que celui qui se marie pendant une moisson, retient personnellement les fruits déjà coupés et n'apporte à la communauté que ceux qui sont encore sur pied ; que celui qui a donné sa maison à loyer conserve en propre les sommes qu'il vient de recevoir pour le terme échu au moment où il se marie, etc... Rien de cela n'est assurément admissible, et cependant la proposition de M. Odier va jusque-là. En ce point, la formule de l'auteur a sans doute dépassé de beaucoup sa pensée ; il a parlé de la communauté légale comme s'il traitait de la communauté réduite aux acquêts, dont l'effet est précisément de réaliser toute la fortune mobilière possédée par les époux au jour du mariage. V. notre t. II, n^os 26 et suiv.

(1) Nous avons déjà dit que la *Cout. de Paris* ne parlait pas des fruits, et que, sous ce rapport, la doctrine avait suppléé au silence de la loi. V. *suprà*, n° 308.

(2) V. MM. Delvincourt, t. III, aux notes, p. 13, note 4 ; Dalloz aîné, t. X, p. 183, n° 24 ; Glandaz, *loc. cit.*, n° 64 ; Duranton, t. XIV, n° 143 ; Mourlon, p. 18.

(3) *Tr. de la communauté*, n° 204.

tinguée de leur qualité générale de biens-meubles, et qui les y fait entrer dans certains cas, dans lesquels leur seule qualité générale de biens-meubles ne les y ferait pas entrer. » En effet, il y a des objets mobiliers provenant des propres des époux, on le verra bientôt, qui ne tombent point en communauté. Il a donc fallu, pour lever toute incertitude, dire quels étaient ceux de ces objets qui y tombaient : tel a été le but de la seconde disposition de l'art. 1401, qui établit d'une manière générale que ces objets sont ceux qu'on peut regarder comme des fruits ou des revenus. Ajoutons, encore avec Pothier, que la précision était surtout nécessaire par rapport à la communauté conventionnelle (1). « Par exemple, si chacun des conjoints, par une clause du contrat de mariage, a limité la quantité de ses biens-meubles qui entrerait dans la communauté, *putà*, à une somme de dix mille livres, et réservé propre le surplus de ses biens, tant présents qu'à venir, qui lui écherraient par succession ou autrement, les fruits des propres de chacun des conjoints entrent dans cette communauté, outre cette somme de dix mille livres à laquelle ils ont borné la quantité de leurs biens-meubles qui doivent y entrer, parce qu'ils y entrent en une qualité particulière qu'ils ont pour y entrer, qui est la qualité de *fruits* perçus ou échus durant le mariage. »

La seconde disposition de l'art. 1401 se conçoit donc très-bien ; il reste à en fixer le sens et la portée.

374. En thèse générale, chaque époux transmet à la communauté les fruits perçus sur les biens qu'il possède, quel que soit le titre ou la nature de sa possession. A cet égard, les droits de la communauté sont absolus ; aucune circonstance n'en doit entraver ni suspendre l'exercice.

Ainsi, les fruits perçus par un époux simplement usufruitier tombent dans la communauté (2), bien que l'usufruit lui-même, lorsqu'il a pour objet une chose immobilière, soit exclu de cette communauté comme immeuble. Il a été décidé même que le prix de la cession de l'usufruit d'un bien propre à l'un des époux,

(1) Les principes généraux de la communauté légale sont applicables à la communauté conventionnelle. Les règles de la première sont modifiées en quelques points seulement par la seconde. V. t. II, nos 2 et suiv., et no 369.

(2) Dans une espèce où des héritiers prétendaient, sur le motif qu'un usufruit appartenant à leur auteur était un propre de la communauté, faire reprise des revenus de cet usufruit, il a été justement décidé que les revenus étaient tombés dans la communauté. Paris, 20 février 1813 (De Bosredon, c. de Rannes).

tombe intégralement dans la communauté, sans récompense à l'époux propriétaire, lorsque la consolidation s'est opérée avant la dissolution de la communauté (1). La cour a considéré que pendant l'existence de la communauté, le prix de la cession ne fait, au respect de cette communauté, que représenter les fruits annuels qui y seraient tombés et pour lesquels il a été traité à forfait.

Du reste, il importe peu qu'il s'agisse d'un usufruit constitué ou d'un usufruit légal, comme l'usufruit établi, par l'art. 384, au profit du père sur les biens de ses enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. Seulement, les fruits, dans le cas de l'usufruit légal, ne passent à la seconde communauté du père (2) que grevés des charges spéciales établies par l'art. 385 du Code civil. Telle est aussi l'opinion de M. Duranton (3).

375. Ce même auteur applique encore avec raison la règle aux fruits perçus par l'un des époux sur un immeuble dont il était possesseur de bonne foi, ou qu'il a été obligé de restituer à un tiers par suite d'une révocation, d'une condition résolutoire, ou d'une action en rescision dans le cas où il a gagné les fruits; et à la portion de fruits des biens d'un absent acquise à l'envoyé en possession, en vertu de l'art. 127 du Code civil, laquelle portion, dit M. Duranton (4), entre dans la communauté de l'envoyé en possession, comme mobilier existant lors du mariage ou échu pendant le mariage.

376. Mais ce même art. 127 place sur la même ligne, en ce qui concerne la portion de fruits à restituer à l'absent qui reparaît, l'envoyé en possession provisoire et l'époux présent qui, profitant du bénéfice de l'art. 124, a opté pour la continuation de la communauté. De là une question fort délicate et très-controversée : celle de savoir si le principe posé dans l'art. 1401 doit subsister encore dans ce cas; en d'autres termes, si l'époux qui a eu l'administration légale de la communauté pendant l'absence de son conjoint, conserve pour lui personnellement, lorsque l'absent vient à reparaître, la quotité de fruits qui lui est littéralement attribuée par l'art. 127, c'est-à-dire les quatre cin-

(1) *Req. rej.*, 31 mars 1824 (aff. de Gouy d'Arcy).

(2) La question ne peut se présenter à l'égard de la mère, bien que l'usufruit légal lui soit accordé à la dissolution du mariage, lorsque c'est elle qui a survécu, parce que le convol lui fait perdre cet usufruit (C. c. art. 386).

(3) V. t. XIV, nº 142.

(4) V. *Ibid.*

quièmes ou les neuf dixièmes, suivant que l'absent a reparu avant ou après quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition, ou bien si cette portion de fruits est acquise à la communauté. Nous croyons fermement que, même dans ce cas, c'est la communauté qui profite.

Sans doute on peut dire que l'art. 127 place sur la même ligne l'envoyé en possession provisoire et l'époux administrateur légal; que le premier gagnant pour lui les fruits dans la proportion établie par cet article, de quelque manière que l'envoi en possession vienne à prendre fin, il faut bien que le second gagne aussi ces fruits pour lui personnellement, sans quoi l'attribution qui lui est faite par la loi serait négative, puisqu'il ne recevrait ces fruits d'une main que pour les restituer de l'autre, en les versant dans la communauté (1).

Cette considération cependant ne saurait nous convaincre. Nous voulons bien que lorsque le conjoint administrateur légal se trouve en présence des héritiers de l'absent, c'est-à-dire lorsque l'administration légale a cessé par le décès prouvé de l'époux absent, le conjoint présent profite du bénéfice de l'art. 127, et par conséquent retienne pour lui, comme ferait un envoyé en possession provisoire, soit la totalité des fruits, si le partage n'a lieu qu'après trente ans d'absence, soit les neuf dixièmes si ce partage a lieu avant l'expiration de trente ans, mais après quinze ans depuis la disparition, soit les quatre cinquièmes si le partage est fait dans les quinze années de la disparition. Encore même, dans ce cas, l'attribution faite à l'époux d'un droit égal à celui de l'envoyé en possession n'est-elle pas parfaitement équitable. Car, à mesure que la durée de l'absence se prolonge, l'envoyé en possession peut se croire véritablement propriétaire des biens qu'il détient comme héritier probable et en dépenser les revenus, ce qui explique et justifie cette attribution qui lui est faite des fruits dans une proportion toujours croissante. Mais l'époux administrateur sait très-bien que, commun en biens avec son époux absent, la chose qu'il détient ne lui appartient qu'en partie, que d'autres y ont des droits qu'ils auraient fait valoir s'il n'en avait pas, lui personnellement, suspendu l'exercice en optant pour la continuation de la communauté. En sorte que sa possession continuée, prenant en quelque sorte le caractère

(1) Cette considération a déterminé quelques auteurs qui, par d'autres motifs encore, refusent à la communauté le droit de profiter des fruits dans le cas proposé. V. MM. Duranton, t. I, n° 464, et t. XIV, n° 147; Plasman, *De l'absence*, t. I, n^os^ 287 et suiv.; Delvincourt, t. I, p. 94, aux notes.

de mauvaise foi à mesure que ces droits deviennent plus certains par succession de temps, il eût été complétement raisonnable d'établir pour lui, dans l'attribution des fruits, une proportion décroissante à la place de la proportion croissante que l'on a suivie pour l'envoyé en possession. Cependant la disposition de la loi est précise, et à moins de l'effacer, force est bien d'en observer la prescription dans le cas au moins où l'absence a pris fin par le décès prouvé de l'absent et où par conséquent l'époux administrateur légal se trouve en présence des héritiers de son conjoint.

Mais lorsque l'administration légale cesse par le retour de l'absent, en d'autres termes lorsqu'il est prouvé que la communauté a duré et qu'elle dure encore, il n'y a plus aucune raison de faire fléchir le principe posé dans l'art. 1401 du Code civil. L'art. 127, peut-être trop absolu dans son expression, ne contrarie pas cette règle. Car, au fond, que dit cet article? Il ne dit pas assurément que certaines choses acquises à la communauté d'après les règles ordinaires seront considérées comme des propres; il dit seulement qu'une certaine quotité de fruits ne sera pas *rendue* à l'absent. La loi suppose donc qu'il s'agit de revenus appartenant à l'absent, de revenus qui auraient été recueillis par lui s'il eût été là, et qui devraient lui être restitués en totalité si la loi n'avait expressément autorisé la retenue d'une partie. Or, telle n'est pas la situation lorsque l'un des époux mariés sous le régime de la communauté légale venant à s'absenter, l'époux présent opte pour la continuation de la communauté. Dans ce cas l'époux absent, quoique propriétaire de la chose productive de fruits ou de revenus, n'acquerrait pas ces fruits ou ces revenus pour lui s'il était présent; il les acquerrait pour la communauté : c'est donc aussi pour la communauté qui a continué toujours et qui dure encore que ces fruits ou ces revenus ont été perçus par l'époux administrateur légal. Et comment alors pourrait-il s'agir entre ces deux époux de retenue ou de restitution? Évidemment l'art. 127 se trouve sans aucune application possible dans cette hypothèse; et si l'on réfléchit que la solution contraire pourrait avoir souvent le résultat le moins équitable, puisqu'il est possible que l'absent lui-même n'ait pas cessé d'enrichir la communauté par les travaux auxquels il s'est livré pendant son absence, on comprendra que le principe posé dans l'art. 1401 du Code civil doit conserver encore ici toute sa puissance (1).

(1) C'est, du reste, l'opinion qui tend à prévaloir. V. MM. Proudhon et son

377. On en peut dire autant dans le cas d'une condamnation prononcée par contumace contre l'un des époux. La position légale du condamné par contumace pendant la première période de cet état est fixée par l'art. 28 du Code civil, aux termes duquel: « Les condamnés par contumace seront, pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'ils se représentent, ou qu'ils soient arrêtés pendant ce délai, privés de l'exercice des droits civils. —Leurs biens seront administrés, et leurs droits exercés de même que ceux des absents. » D'après cela, et conformément à un avis du conseil d'état du 20 septembre 1809, l'administration des domaines est tenue de faire toutes les démarches et tous les actes nécessaires pour mettre sous le séquestre les biens et droits du contumax; et elle doit les gérer et administrer au profit de l'État, jusqu'à l'envoi en possession que les héritiers peuvent faire prononcer par application de l'art. 120 du Code civil. On voit par là que, privé de ses droits civils, le condamné par contumace ne peut rien posséder par lui-même ni par conséquent rien transmettre à autrui. Mais ce n'est pas à dire que si avant la condamnation le condamné était engagé avec son époux dans les liens d'une communauté légale, cette communauté soit dissoute par l'effet de la condamnation. La dissolution de la communauté n'a lieu que par des causes prévues par la loi, et parmi lesquelles on ne voit pas figurer la condamnation par contumace. La communauté subsiste donc avec tous ses priviléges et toutes ses prérogatives. Or, parmi ces prérogatives se trouve celle d'acquérir les fruits et les revenus produits par les biens propres des époux, de quelque nature que soient ces biens. La régie ne doit donc avoir sur les propres du condamné qu'un simple droit d'administration qui n'exclut pas, pour la communauté, celui de percevoir seule et directement les fruits et les revenus. La communauté perd l'administration et conserve le droit aux fruits. Pourquoi cela? La raison en est simple: c'est que quant à l'administration, elle ne pourrait être exercée par l'époux présent que pour le conjoint contumace ou en son nom, et que celui-ci n'ayant plus l'exercice de ses droits civils n'en peut transmettre aucun; au lieu que, quant aux fruits, la communauté les perçoit, même sur les biens propres du condamné, en vertu d'un droit qui lui est personnel, qui résulte du mariage lui-même, et dont elle ne peut être privée par des événe-

annotateur Valette, t. I, p. 319, et les notes; Zachariæ, t. I, p. 307; Marcadé, t. I, sur l'art. 127, n° 6; Demolombe, t. II, n° 288; Dalloz aîné, *Nouv. édit. du Rép.*, v° *Absence*, n° 415. V. aussi M. Toullier, t. I, n° 470 à la note.

ments ultérieurs, du moins en tant que ces événements ne sont pas susceptibles d'altérer le contrat exprès ou tacite intervenu entre les parties (1).

Ceci, du reste, ne reçoit application que pendant la première période de l'état de contumace. A l'expiration de cette période, c'est-à-dire lorsque cinq ans se sont écoulés après l'exécution par effigie, la condamnation emporte mort civile (C. civ., art. 27). La communauté est dès lors dissoute; et tout doit être réglé d'après les principes qui seront exposés à la section IIIe de ce chapitre.

On voit en quel sens doit être interprétée la règle d'après laquelle chacun des époux transmet à la masse commune les fruits et les revenus produits par ses biens personnels, tant par ceux qui lui appartenaient à l'époque du mariage, que par ceux qui lui sont échus à quelque titre que ce soit pendant la durée de la communauté. Il reste à dire dans quelle mesure et d'après quelles règles les fruits et revenus sont acquis à la communauté.

378. En général on donne le nom de fruits aux produits ordinaires d'une chose, c'est-à-dire aux produits que la chose donne et est destinée à donner à des époques périodiques plus ou moins répétées. *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet.* « Ainsi, comme le dit Pothier, les blés et les autres grains, les foins, les fruits des vignes et des arbres sont des fruits d'une terre, parce que la terre les produit et en reproduit d'autres les années suivantes. Pareillement une coupe de bois taillis est un fruit, parce que les souches sur lesquelles on a fait la coupe repoussent de quoi faire, au bout d'un certain temps, une autre coupe. La pêche d'un étang est pareillement un fruit, parce qu'au moyen du peuple qu'on y laisse, il reproduit de quoi faire, au bout d'un certain temps, une pêche nouvelle. » Ce sont là autant de produits ordinaires qui rentrent tous dans la définition des fruits.

Mais certaines choses donnent des produits auxquels cette définition ne convient pas également; notamment, les métaux, les

(1) La cour de Lyon a jugé dans le sens de cette solution que la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile prononcée contre la femme, ne fait pas cesser les effets civils du mariage à l'égard du mari en ce qui touche les biens de la communauté; et quant aux biens propres de la femme dont les fruits ou revenus doivent tomber en communauté, que le séquestre apposé par le domaine sur ces biens n'enlève pas au mari le droit d'en percevoir seul et directement les fruits ou revenus, le mari n'étant privé que de l'administration de ces biens mêmes. Arrêt du 20 avril 1831 (D... c. l'adm. des domaines).

pierres, les houilles, les tourbes et autres substances que la terre recèle en sont des produits; ils ne sont pas des fruits, car ils font partie du sol lui-même, et une fois qu'ils en sont extraits, il n'en doit pas renaître. Les arbres d'une forêt non aménagée sont aussi des produits de la terre; ils ne sont pas des fruits, car ils sont destinés à rester sur le fonds, non à y être recueillis.

La communauté n'a pas droit également aux produits de l'une et de l'autre espèce : c'est ce que nous allons expliquer en nous occupant, comme l'a fait le législateur lui-même, d'abord des produits ordinaires, c'est-à-dire des revenus et des fruits proprement dits, et ensuite des produits extraordinaires.

379. Dans l'économie de la loi, il y a trois espèces de fruits : les fruits naturels, les fruits industriels et les fruits civils. Les fruits naturels sont ceux que la terre produit spontanément, comme l'herbe des prés, les bois, etc.; cette espèce de fruits comprend aussi le croît des animaux : les fruits industriels sont ceux qu'on obtient d'un fonds par la culture, comme les blés, les autres grains, les produits des vignes, etc. : enfin, les fruits civils sont le produit d'un être incorporel et n'ont cette qualité de fruits que par la détermination de la loi, tels sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes, les prix des baux à ferme (C. civ., art. 583 et 584). Toutefois, les fruits naturels et les fruits industriels étant soumis aux mêmes principes sous tous les rapports juridiques, ces deux espèces de fruits n'en forment qu'une seule, et dans la réalité il y a seulement des fruits naturels et par opposition des fruits civils (1).

La communauté a droit à chacune de ces espèces de fruits. C'est ce que l'art. 1401 exprime très-bien d'abord par les mots *échus* et *perçus* dont elle se sert, la première de ces expressions s'appliquant particulièrement aux fruits civils, et la seconde, aux fruits naturels et industriels; ensuite et mieux encore par l'énumération qu'il fait, laquelle comprend nommément *les fruits*, *les revenus*, *les intérêts* et *les arrérages*, et s'applique par conséquent aux produits de la terre ou des animaux, c'est-à-dire aux fruits naturels et industriels, et aux loyers ou fermages, aux produits des capitaux placés et aux produits des rentes, c'est-à-dire aux fruits civils.

(1) C'est la doctrine de Pothier, d'après lequel les fruits se divisent d'une part en *fruits naturels*, lesquels se subdivisent en fruits purement naturels et en fruits industriels, et d'une autre part en *fruits civils*. V. *Tr. de la communauté*, n° 205.

Mais les époux, en tant que communs en biens, sont relativement aux fruits de leurs propres respectifs, dans une position sous bien des rapports semblable à celle d'un usufruitier ordinaire: particulièrement, la loi ne fait procéder leur droit à ces fruits que de l'acquisition même. A ce point de vue, il est de la plus haute importance de distinguer entre les fruits naturels et les fruits civils: ces deux espèces de fruits ne s'acquièrent pas, en effet, de la même manière ni d'après les mêmes règles.

380. Quant aux fruits naturels, dans lesquels il faut comprendre non-seulement les fruits naturels proprement dits, mais encore ceux que le Code civil appelle industriels, c'est la perception qui les fait acquérir à la communauté. Cependant, à ne consulter que les besoins auxquels les fruits sont appelés à répondre, il semble que ces fruits devraient appartenir à la communauté à proportion du temps pendant lequel cette communauté a duré. Les fruits, en effet, sont destinés à supporter les charges du mariage; pourquoi donc ne seraient-ils pas alloués en raison du temps pendant lequel ces charges ont pesé sur la communauté? On sait, d'ailleurs, que c'est là précisément la règle qui a été suivie, à l'égard des fruits des immeubles dotaux par l'art. 1571 (1). Mais cet article est spécial au régime dotal; et de même que les rédacteurs du Code, en traitant de ce régime, se sont particulièrement inspirés, en ce point, de la loi romaine à laquelle ils ont fait de très-fréquents emprunts, de même, en traitant de la communauté, ils ont suivi, sauf quelques modifications, les traditions de la législation coutumière, dont ils ont sanctionné bon nombre de dispositions. Or, les coutumes, en général, ne donnaient à la communauté que les fruits perçus pendant sa durée, en sorte que si la récolte des fruits pendants sur l'héritage de l'un des conjoints s'était faite peu de temps après le mariage, si peu de temps que le mariage eût duré, fût-ce un mois ou deux seulement, la récolte entière appartenait à la communauté; et réciproquement, que si la communauté commençait quelques jours après une récolte et finissait quelques jours avant la récolte suivante, elle ne recueillait rien, bien qu'elle comptât une durée de dix à onze mois (2).

Les rédacteurs du Code acceptant ces données ont posé en principe que la communauté se compose activement de tous les fruits *perçus pendant le mariage*. Donc, aujourd'hui comme sous

(1) V. notre commentaire sur cet article dans le t. II, nos 647 et suiv.
(2) Pothier, *De la communauté*, no 207.

l'empire des coutumes, il peut arriver qu'un seul mois de communauté suffise pour que l'actif s'enrichisse d'une récolte de huit ou neuf années, par exemple, s'il s'agit de la coupe d'un bois taillis; comme aussi peut-il se faire que la communauté continuée pendant huit à neuf années n'acquière pas de fruits, par exemple si ayant été établie immédiatement après une coupe elle est venue à prendre fin dans l'année qui a précédé la coupe suivante. Mais il y a là une réciprocité de chances qui explique la combinaison sanctionnée par la loi et en légitime le résultat.

Toujours est-il que, comme l'usufruitier dans ses rapports avec le nu-propriétaire, la communauté acquiert les fruits des propres respectifs des époux par la perception qu'elle en fait ou qu'elle en fait faire. Du reste, les fruits sont réputés perçus par leur séparation pure et simple du sol. C'est par cette séparation qu'ils acquièrent une existence propre et indépendante de celle du fonds avec lequel ils se confondaient tant qu'ils étaient adhérents. C'est donc cette séparation qui les transmet à la communauté : d'où il suit que la communauté venant à se dissoudre par le décès de l'un des époux, arrivé au moment où une récolte vient d'être coupée sur un immeuble propre à cet époux ou à son conjoint, la récolte fait partie de l'actif de la communauté, encore qu'elle soit sur le champ et n'ait pas été transportée (1).

381. On pourrait aller plus loin encore et reconnaître que la communauté, suivant l'occurrence, n'est pas complétement déchue de son droit si ayant pu faire une récolte elle est venue à se dissoudre sans l'avoir faite. En matière d'usufruit, on décide assez généralement, il est vrai, que la séparation des fruits est nécessaire pour les faire acquérir à l'usufruitier : spécialement, on estime que si l'usufruit cesse quelque temps après le moment où l'usufruitier aurait pu faire une récolte, mais sans que cette récolte ait été faite, tous les fruits appartiennent au nu-propriétaire, sans que l'usufruitier ou ses héritiers puissent réclamer aucune indemnité, sauf le cas où la perception aurait été empêchée par un fait imputable au nu-propriétaire. Sous ce rapport, on généralise la disposition de l'art. 590 qui, statuant sur le cas où l'usufruit comprend des bois taillis, impose à l'usufruitier l'obligation de suivre l'ordre et la quotité des coupes « sans indemnité toutefois, ajoute-t-il, en faveur de l'usufruitier ou de ses

(1) *Conf.* Pothier, *ibid.*, n° 206. C'est en ce sens que la *Cout. de Paris* disait dans son art. 92 : « Bois coupé, blé, foin ou grain soyé ou fauché, supposé qu'il soit encore sur le champ et non transporté, est réputé meuble. »

héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaies, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. » Mais précisément en ce dernier point, il a été dérogé, en faveur de la communauté, aux règles de l'usufruit, par l'art. 1403, que nous expliquerons bientôt, et dont le deuxième paragraphe dispose que « si les coupes de bois qui, en suivant les règles expliquées au titre de l'usufruit, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers. » Or, lorsque la règle posée par l'art. 590 est généralisée en matière d'usufruit, on ne voit pas pourquoi on ne généraliserait pas également la dérogation faite par le législateur au profit de la communauté.

C'est là une mesure de faveur qui assurerait les droits de la communauté dans le cas où le retard dans la récolte proviendrait d'un événement de force majeure; par exemple, si la communauté venait à se dissoudre alors qu'une inondation survenue tout à coup n'a pas permis de pénétrer dans un propre de la femme pour y recueillir des fruits déjà parvenus à leur maturité.

Mais ce serait surtout une mesure de protection dans le cas où le retard dans la récolte présenterait le caractère de fraude; par exemple si le mari prévoyant la mort prochaine de sa femme avait différé de faire la récolte sur l'un de ses propres, dans l'espoir de conserver cette récolte pour lui en la faisant après la dissolution de la communauté (1).

382. Toutefois, comme nous l'avons fait pressentir, il n'en est pas ainsi d'une manière absolue. Il faut avant tout que les fruits soient parvenus à leur maturité pour que la communauté y acquière des droits. Telle est aussi la règle en matière d'usufruit; l'usufruitier ne pourrait pas, dans la prévision de l'extinction prochaine de son droit, devancer le temps de la récolte, l'époque des moissons. Ici encore on invoquerait contre l'usufruitier la règle posée dans l'art. 590, qui lui prescrit de se conformer à l'aménagement, et à défaut, aux usages constants des propriétaires pour la coupe des bois taillis compris dans son usufruit,

(1) Pothier prévoit cette dernière hypothèse, et il reconnaît que dans ce cas les héritiers de la femme pourraient prétendre part, en qualité de communs, dans la récolte que le mari ferait depuis la mort de sa femme, comme ayant été retardée en fraude du droit de communauté de sa femme. V. *loc. cit.*, n° 210. M. Bugnet, dans ses notes sur Pothier, *loc. cit.*, adopte cet avis; du moins il reconnaît que par application de l'art. 1403, n° 2, il serait dû récompense dans ce cas. V. *Conf.* M. Dalloz aîné, t. X, p. 186, n° 25.

règle qui, quoique spéciale à une certaine classe de fruits naturels, doit, par identité de raison, être étendue à tous. Or sous ce rapport, les principes en matière de communauté sont les mêmes qu'en matière d'usufruit. Donc, comme un usufruitier ordinaire, la communauté doit attendre pour acquérir les fruits par leur séparation du sol que le temps de les recueillir soit arrivé.

Cette décision, comme la précédente, est essentiellement protectrice des droits de la communauté. Il se peut, en effet, qu'en sens inverse de l'hypothèse qui vient d'être prévue, le mari, dont la femme serait atteinte d'une maladie mortelle, devance l'époque fixée pour la récolte, et pour assurer à la communauté les bénéfices d'une riche moisson, fasse couper les fruits avant qu'ils soient parvenus à leur maturité. Dans une hypothèse semblable, les héritiers de la femme, si celle-ci venait à mourir avant l'époque fixée pour la récolte, seraient assurément fondés à réclamer contre le mari des dommages-intérêts. C'est aussi l'avis de Pothier (1), et nous ajouterons avec cet auteur que le mari ne serait pas quitte envers les héritiers de la femme en leur rendant les fruits tels qu'il les a cueillis. En outre, « le mari, dit très-justement Pothier, ayant détérioré ces fruits en les coupant trop tôt, doit dédommager les héritiers de sa femme de ce qu'ils souffrent de cette détérioration par son dol. »

Disons cependant que ces anticipations de récoltes appliquées surtout aux fruits ou aux moissons sont assez peu vraisemblables. On les conçoit lorsqu'il s'agit de la coupe de bois taillis, parce que cette espèce de produit a sa valeur, encore que la coupe ne soit pas faite conformément à l'aménagement ou aux usages. On les expliquerait très-difficilement lorsqu'il s'agit de fruits, de vendanges ou de moissons ; car, en général, la maturité même de ces produits en fait la valeur. C'est pourquoi, l'hypothèse venant à se réaliser, les juges doivent avoir grand soin d'apprécier les circonstances. La solution que nous avons formulée ne doit pas être prise dans un sens trop absolu ; ici, comme toujours en droit, la raison commande d'éviter dans les déductions d'un principe une trop grande inflexibilité.

Il nous paraîtrait fort raisonnable, par exemple, de considérer comme bien légitimement faite et par conséquent comme acquise à la communauté, une récolte de fruits même non encore parvenus à leur maturité, si le mari qui a fait faire cette récolte sur l'un des propres de la femme, déjà atteinte d'une maladie mor-

(1) V. *loc. cit.*, n° 211.

telle, devait, à cause de son état ou par tout autre motif légitime, employer ces fruits à un usage auquel leur maturité complète les eût rendus tout à fait impropres. Il en serait ainsi des fruits qu'un industriel récolte pour les vendre dans son commerce, après leur avoir fait subir une préparation, etc...

383. En dehors de ces circonstances particulières, la règle reprend son empire; et c'est par la perception ou par leur séparation du sol que les fruits sont acquis à la communauté. Ainsi, ceux qui sont encore pendants au moment où finit la société conjugale et ne doivent être perçus que plus tard, appartiendront exclusivement à l'époux propriétaire du fonds sur lequel ces fruits sont provenus, et à défaut de cet époux à ses héritiers; la communauté, désormais dissoute, n'y peut rien prétendre puisque les fruits n'ont pas été perçus pendant sa durée.

Mais réciproquement, quant aux fruits qui étaient sur le fonds au moment où la société conjugale s'est formée, la communauté y acquiert immédiatement des droits exclusifs, tellement que si la perception se fait avant la dissolution, c'est à la communauté que les fruits profitent et non pas exclusivement à l'époux propriétaire du fonds sur lequel les fruits existaient déjà au moment du mariage.

Remarquons toutefois que ce n'est pas toujours à tous les fruits pendants par branches ou par racines, soit au commencement de la communauté, soit à la dissolution, que la communauté dans le premier cas, ou l'époux propriétaire du fonds dans le second, peuvent prétendre. La règle doit être combinée avec les droits acquis à un tiers sur ces mêmes fruits. Ainsi, dans la supposition où il existerait au commencement de la communauté un colon partiaire auquel son bail attribuerait une certaine quotité de fruits, la communauté ne gagnerait les fruits que déduction faite de cette quotité acquise au fermier dont le droit subsisterait indépendamment de celui de la communauté. De même, le colon partiaire qui aurait été établi sur un propre des époux pendant la durée de la communauté, conserverait sa part aux fruits, même après la dissolution de la communauté; les fruits qui existeraient sur le fonds à ce moment ne seraient acquis à l'époux propriétaire que déduction faite de cette part. Il faudrait seulement dans l'un et l'autre cas que le bail eût une date certaine; et de plus, dans le second, si le bien appartenait à la femme, il faudrait que le bail eût été consenti par le mari dans les limites des art. 1429 et 1430, qui seront expliqués à la section suivante. Sous ces réserves, les droits du colon partiaire devraient être respectés;

ici s'applique incontestablement la disposition de l'art. 585 du Code civil, qui en accordant à l'usufruitier les fruits naturels et industriels pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, et au nu-propriétaire ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, réserve expressément « la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit. »

384. Ce même article pose en principe que ni l'usufruitier ni le propriétaire n'ont aucune réclamation à se faire quant aux frais de labours et de semences employés pour les fruits pendants par branches ou par racines. Donc l'usufruitier profite sans récompense des labours et des semences qui ont précédé immédiatement l'ouverture de son droit, et réciproquement le nu-propriétaire profite, aussi sans récompense, des semences et des labours qui ont précédé la réunion de l'usufruit à la propriété. Cette règle est-elle également applicable en matière de communauté?

La question divise les auteurs. Suivant les uns, la règle posée dans l'art. 585 étant établie pour tarir, entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, une source abondante de difficultés, doit à plus *forte raison être étendue aux rapports* de la communauté avec l'époux propriétaire (1). Selon les autres, au contraire, la question doit être résolue par les principes généraux en matière de communauté (2), et nous adoptons pleinement cette solution.

D'après cela nous estimons, d'une part, à l'égard des fruits pendants par branches ou par racines au jour de la célébration du mariage, que les frais payés par l'époux propriétaire ne lui donnent droit à aucune récompense, et d'une autre part, au contraire, que l'époux propriétaire du fonds qui se trouve ensemencé lors de la dissolution de la communauté, ne doit en percevoir les fruits qu'à la charge d'indemniser la communauté des frais de semences et de labours par elle avancés. La disposition de l'art. 1437, qui sera plus amplement expliquée à la section suivante, conduit inévitablement à ce résultat, qui, du reste, est

(1) V. en ce sens, MM. Delvincourt, aux notes, t. III, p. 14, note 6; Taulier, t. V, p. 49-50; Bugnet, sur Pothier, *De la communauté*, n° 213, à la note.

(2) V. Toullier, t. XII, n^{os} 124 et suiv.; Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, n^{os} 2685, 2686; Duranton, t. XIV, n^{os} 151 et suiv.; Battur, t. I, n° 194; Glandaz, *loc. cit.*, n° 68; Dalloz aîné, t. X, p. 186, n° 26; Zachariæ, t. III, p. 414; Devilleneuve, *Collect. nouv.*, t. IX, part. II, p. 24, note 2. C'est aussi l'avis de M. Odier, t. I, n^{os} 95 et suiv.

moins contraire qu'il ne le paraît aux règles d'une juste réciprocité.

En effet, en thèse générale, la communauté acquiert, comme on l'a vu, toute la fortune mobilière possédée par les époux lors du mariage. Qu'arrive-t-il donc lorsque l'un des époux transmet à la communauté le droit aux fruits à percevoir sur un de ses biens propres dont il a payé, avant le mariage, la culture et l'ensemencement? Il arrive que la communauté trouve en moins dans la fortune mobilière de cet époux les sommes qu'il en a retirées pour parer à ces frais. Dès lors il est vrai de dire que si elle perçoit les fruits, la communauté a réellement supporté les dépenses sans lesquelles les terres eussent été improductives (1). Comment donc pourrait-elle être tenue à une récompense quelconque?... Mais la position n'est plus la même lorsqu'il s'agit de fruits pendants par branches ou par racines sur l'un des propres des époux à la dissolution du mariage. Alors encore la communauté a supporté les frais de semences et de culture; elle les a payés non-seulement par fiction en ce qu'elle en a trouvé la valeur en moins dans la mise sociale de l'époux propriétaire, mais d'une manière directe en les prenant dans le fonds commun. Il est donc saillant que l'époux qui, après la dissolution de la communauté, percevrait seul les fruits de ses propres, s'enrichirait aux dépens de la communauté, contre la disposition expresse de l'art. 1437, et contre le principe qui fait des impenses une charge naturelle des fruits, s'il ne l'indemnisait pas des frais de culture et d'ensemencement faits par elle. Les deux situations sont donc essentiellement différentes, et cette différence même justifie pleinement l'absence de réciprocité.

Au surplus, s'il fallait insister davantage, nous dirions que sous l'empire de la législation coutumière, cette solution ne souffrait aucune difficulté. Tous les auteurs l'avaient invariablement

(1) On ne doit pas oublier que nous traitons ici de la communauté légale. S'il s'agissait d'une communauté d'acquêts, ce raisonnement ne serait pas applicable, puisque cette espèce de communauté a pour effet de réaliser la fortune mobilière des époux au moment du mariage. Aussi pensons-nous que dans cette communauté restreinte, les règles de la réciprocité exigent que l'époux obtienne récompense pour les frais de labour et de semences faits par lui avant l'établissement de la société conjugale, au même titre que la communauté a droit à une indemnité pour les frais faits avant la dissolution du mariage. M. Duranton, qui même sur ce point est d'un avis contraire, ne nous semble pas avoir suffisamment tenu compte des règles auxquelles sont respectivement soumises les deux espèces de communauté. V. d'ailleurs, t. II, n° 31.

admise (1), et quelques coutumes avaient même pris le soin de la formuler. Notamment la coutume de Paris s'exprimait ainsi dans l'art. 231 : « Les fruits des héritages propres, pendants par les racines au temps du trépas de l'un des conjoints par mariage, appartiennent à celui auquel appartient l'héritage, *à la charge de payer la moitié des labours et semences;* » ainsi encore, la coutume d'Orléans, dans son art. 208, reproduisait la disposition de la coutume de Paris, en ajoutant seulement aux frais de *labour et de semences* que mentionnait cette dernière coutume, ceux *des façons et des impenses* dont elle ne parlait pas. Les auteurs du Code, loin de rejeter cette doctrine si complétement équitable, l'ont virtuellement consacrée par l'art. 1437, dont la disposition rend par cela même inapplicable aux rapports de la communauté dissoute avec l'époux propriétaire, le texte de l'art. 585 qui règle les rapports de l'usufruitier avec le nu-propriétaire. Nous concluons donc avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence nouvelle (2), que dans le cas proposé la communauté a droit à une indemnité.

385. Bien plus, l'époux propriétaire qui doit recueillir les fruits ne serait pas même recevable à faire à la communauté l'abandon de la récolte pour se soustraire à l'obligation de payer les frais de semences et de labours. Même dans la supposition d'une mauvaise récolte dont le produit serait insuffisant à couvrir ces frais, l'époux qui recueille les fruits n'en profite pas moins en entier de tout ce qui a été dépensé, « car, dit Pothier, cette impense étant une impense nécessaire qu'il eût été obligé de faire de ses propres deniers, si elle n'eût pas été faite de ceux de la communauté, il profite de cette impense, *quatenùs propriæ pecuniæ pepercit;* il profite de la somme qu'il eût été obligé de tirer de sa bourse particulière et qui eût été égale à celle qui a été tirée de la communauté (3). »

386. Mais c'est à la communauté que la récompense est due.

(1) V. notamment Bourjon, *Droit comm. de la France*, tit. x, part. vi, ch. viii, sect. i, n° 5 (édit. de 1770, t. I, p. 641); Renusson, *Tr. de la communauté*, part. ii, ch. iv, n^os^ 14 et suiv.; Pothier, *De la communauté*, n^os^ 212 et suiv.; Lebrun, *ibid.*, liv. I, chap. v, sect. ii, dist. 2, n^os^ 1 et suiv., édit. de 1709, p. 97 et suiv.; Ferrières, *Comp. des comm.*, sur l'art. 231, *Glos. uniq.*, n° 27.

(2) V. Rennes, 26 février 1828 (aff. Lefeuvre); Bordeaux, 22 mai 1841 (aff. Paulet).

(3) *De la communauté*, n° 212. V. *Conf.* M. Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, n° 2686.

De là une conséquence remarquable que fait d'ailleurs pressentir le texte ci-dessus rapporté de la coutume de Paris : c'est qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme, une moitié de la récompense appartient à chacun des époux, en sorte que l'époux débiteur se devant à lui-même la récompense pour la moitié qui lui revient dans la communauté, il se fait une confusion de la dette et de la créance, par suite de laquelle l'époux n'a réellement à tenir compte que de la moitié due à son conjoint dans la récompense ou indemnité. L'art. 231 de la coutume de Paris statue manifestement dans cette prévision, lorsque, après avoir attribué les fruits pendants lors de la dissolution du mariage au propriétaire de l'héritage, il ajoute : « à la charge de payer *la moitié* des labours et semences. »

On comprend qu'il en doit être tout autrement si la femme ou ses héritiers, au lieu d'accepter la communauté, y renoncent. Alors il y a lieu de distinguer entre le cas où les frais de labours et de semences ont été exposés sur un propre de la femme et celui où ils ont été faits sur un propre du mari. La femme ou ses héritiers ayant perdu tout droit à la communauté, il s'ensuit que dans le premier cas ils doivent la récompense entière, puisqu'ils ne conservent personnellement aucune part dans cette récompense ; et dans le second cas, que, par la même raison, le mari ou ses héritiers ne doivent rien donner à la femme ou à ses héritiers, qui, par l'effet de leur renonciation, n'ont rien à prétendre dans une récompense due, non pas à eux personnellement, mais à la communauté (1). Au surplus, ce n'est là qu'une application particulière de principes qui seront expliqués à la section suivante.

387. En terminant sur ce point, il importe de remarquer que dans tout ce qui précède nous nous sommes bornés à indiquer les rapports respectifs des époux avec leur communauté. Nos solutions seraient naturellement modifiées si un tiers se trouvait intéressé dans le débat.

Ainsi, nous avons dit que la communauté ne doit aucune récompense lorsqu'elle recueille une première récolte dont les frais ont été supportés, avant le mariage, par l'époux propriétaire du fonds. Mais supposons que ce fonds ait été cultivé et ensemencé par un tiers non encore remboursé de ses dépenses, la communauté ne pourra recueillir ni conserver ces fruits sans désintéresser ce tiers. La dette que l'époux propriétaire du fonds

(1) Pothier, *loc. cit.*

avait contractée à cet égard est une dette mobilière, c'est-à-dire de la nature de celles qui, ainsi qu'on le verra dans le paragraphe second de la présente section, tombent dans le passif de la société conjugale; elle est donc à la charge de la communauté (1).

Pareillement, la disposition de l'art. 585, en principe inapplicable, du moins à notre avis, à la communauté dans ses relations avec les époux, reprend toute sa force dès l'instant que les circonstances mettent en rapport un tiers nu-propriétaire avec la communauté. Ainsi, supposons que les fruits perçus pendant la communauté proviennent d'un usufruit appartenant à l'un des époux, il est certain que si la jouissance vient à cesser, la communauté n'aura rien à réclamer du nu-propriétaire pour les frais de semences et de culture faits en vue de la dernière récolte. Les principes en matière d'usufruit ne peuvent souffrir aucune atteinte de ce que cet usufruit, au lieu de profiter exclusivement à la personne de l'usufruitier, profite d'une manière plus particulière à la communauté. Ajoutons d'ailleurs que le cas a été spécialement prévu au conseil d'état. On voit, en effet, dans la discussion de l'art. 585, que M. Jollivet attaqua la disposition de cet article précisément dans les suites qu'elle aurait par rapport à la communauté. La société conjugale devant profiter des bénéfices d'un usufruit appartenant à l'un des époux, ce conseiller en concluait avec raison que la société en devait faire les frais, et il ajoutait « qu'il serait très-rigoureux de la priver de la récolte sans lui faire raison de ses impenses. » Mais il fut répondu à cette objection, d'un côté, par M. Tronchet, « que, comme administrateur, le mari était tenu de cultiver et d'ensemencer, et même qu'en général tout usufruitier est tenu d'entretenir la chose et d'en jouir en bon père de famille; que le bénéfice qui en peut résulter pour lui est subordonné aux effets du hasard; mais qu'on ne peut s'écarter, en faveur de la communauté, du principe qui déclare immeubles les fruits pendants par la racine; » et d'un autre côté, par M. Treilhard, « que d'ailleurs si l'usufruitier est exposé à ne pas recueillir ce qu'il a semé, il peut arriver aussi qu'il profite d'une récolte que d'autres ont préparée, car la disposition porte sur l'entrée en jouissance comme sur la cessation de l'usufruit. » D'après ces observations, la proposition de M. Jollivet fut rejetée (2). Le principe posé dans l'art. 585

(1) V. M. Duranton, t. XIV, n° 152. — *Adde* M. Odier, t. I, n° 96.

(2) V. cette discussion dans la *Législation civile* de M. Locré, t. VIII, p. 236

subsiste donc, et il n'y saurait être fait exception en faveur de la communauté, contre le tiers propriétaire d'un fonds dont l'un des époux était usufruitier à l'époque du mariage et a cessé de l'être depuis.

388. Nous bornons à ces observations ce que nous avions à dire sur l'application aux fruits naturels et industriels de la règle d'après laquelle les fruits des propres des époux sont transmis à la communauté, mais ne lui appartiennent que par l'acquisition qu'elle en fait. Nous arrivons ainsi aux fruits civils produits par les propres des époux.

En principe, ces fruits appartiennent également à la communauté, mais l'acquisition s'en fait d'après des règles différentes. A cet égard, les droits de la communauté s'exercent comme ceux d'un usufruitier, et par conséquent la mesure en est fixée par l'art. 586 du Code civil, aux termes duquel « les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit. » La société conjugale profite donc de cette espèce de fruits en raison du temps pendant lequel la communauté a duré; il n'est ici question ni de perception ni même d'échéance des termes ordinaires de payement. Ainsi, en supposant qu'une maison propre à l'un des époux ait été donnée à loyer moyennant une somme annuelle de 5,940 fr., la communauté acquiert sur le prix du loyer, au moment de l'entrée en jouissance du locataire, un droit qui se réalise, chaque jour, par fraction de 16 fr., formant le trois cent soixante-cinquième de la somme totale. A la vérité, ces fractions échues chaque jour ne sont pas payables chaque jour par le locataire, qui en doit acquitter plusieurs à la fois et seulement à l'expiration des termes convenus; mais ces termes ne font que retarder l'exigibilité; ils n'empêchent pas chaque fraction du loyer d'être échue chaque jour : or de même qu'elles seraient acquises chaque jour à l'usufruitier, de même aussi elles sont acquises jour par jour à la communauté. On comprend que bien des combinaisons peuvent se présenter dans cette hypothèse; il

et 237. — M. Delvincourt, qui, on l'a vu dans l'une des notes précédentes, soutient que l'art. 585 est applicable à la communauté, et par conséquent que l'époux qui recueille les fruits pendants par racines ou par branches à la dissolution de la communauté n'en doit pas récompense, invoque dans le sens de cette solution la délibération dont nous venons de parler. On voit la différence essentielle qu'il y a entre l'hypothèse à laquelle s'applique la décision de M. Delvincourt et celle sur laquelle s'est établie la discussion qui a eu lieu au conseil d'état.

est inutile de les parcourir toutes. En définitive, le résultat est celui-ci : à quelque époque que la communauté vienne à se dissoudre, il y a d'acquis à son actif tous les termes de loyers échus pendant sa durée, et autant de fois 16 fr. ou de fractions, que l'existence de la communauté a compté de jours en sus.

Mais il convient de remarquer que les jours eux-mêmes ne se fractionnent pas ; les fruits civils s'acquièrent *de die in diem* et non pas *de momento ad momentum*. Il faut donc que le jour soit entièrement écoulé pour que la fraction correspondante des fruits soit acquise. Telle était la règle sous l'ancienne jurisprudence : « il n'importe, dit en effet Pothier, à quelle heure du jour est arrivée la mort du conjoint qui a dissous la communauté : ce qui est dû pour ce jour de loyers ou d'arrérages de rentes ne commence à être dû que lorsque ce jour est entièrement écoulé, et ne peut appartenir à la communauté, n'ayant commencé à être dû que depuis la mort du conjoint, arrivée en ce jour avant qu'il fût entièrement écoulé (1). » Telle est aussi la règle aujourd'hui en matière d'usufruit, et l'expression *échus*, qui dans l'art. 1401 se rapporte précisément aux fruits civils, indique bien que cette règle a été étendue par le législateur à la communauté.

389. Ces règles d'acquisitions s'appliquent à tous les fruits civils, et par conséquent aux loyers des maisons, aux intérêts des sommes exigibles, aux arrérages des rentes. Dans l'état actuel de la législation elles s'appliquent également aux prix des baux à ferme. Sous ce rapport, le Code civil s'est écarté de l'ancienne jurisprudence. Anciennement, en effet, les prix ou loyers des baux à ferme étaient déclarés aussi fruits civils, mais s'ils en prenaient la dénomination, ils n'en avaient pas le caractère : en droit et en fait, les loyers des baux à ferme étaient considérés comme la représentation des fruits naturels du fonds, et par conséquent ils n'étaient dus que lorsque le fermier avait recueilli ces fruits ou lorsqu'il n'avait tenu qu'à lui de les recueillir (2). Par une conséquence ultérieure on décidait que le prix du bail appartenait à la communauté seulement dans le cas où la récolte était faite pendant la durée de la communauté (3). Aujourd'hui d'autres règles ont été établies sur ce point. On a voulu

(1) *De la communauté*, n° 223.

(2) Tels étaient aussi les principes du droit romain. V. l. 58, *Princip.* ff. *De usuf.*

(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 219.

éviter les difficultés assez graves qui pouvaient se présenter dans l'application, par exemple, pour la portion du prix correspondante à la partie de fruits déjà coupés par le fermier au commencement ou à la fin de l'usufruit. Pour arriver à ce but, les rédacteurs du Code s'écartant des anciennes règles, ont posé en principe d'abord que les prix des baux à ferme sont rangés dans la classe des fruits civils (art. 584), et ensuite ils ont déclaré que la règle d'après laquelle les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour s'applique aux prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons (art. 586). Donc, lorsqu'un des époux est propriétaire personnellement d'un bien rural donné à bail, le prix de ce bail qui tombe dans la communauté ne lui est toutefois acquis que d'après les règles ci-dessus exposées relativement aux fruits civils.

390. Mais cette classe de biens peut être pour le propriétaire, et conséquemment pour la communauté, successivement productive de fruits naturels ou industriels et de fruits civils. On peut supposer, par exemple, qu'au moment où la communauté commence, le bien rural appartenant à l'un des époux soit exploité par cet époux lui-même ou par un colon partiaire, et qu'ensuite ce bien rural doive être pris à ferme, soit en vertu d'un bail déjà signé et enregistré avant le mariage, soit en vertu d'un bail consenti par le mari pendant le mariage. La jouissance comprend ainsi deux périodes dont la première donne des fruits naturels ou industriels et dont la seconde donne des fruits civils. Toutefois le règlement des droits de la communauté, dans cette combinaison, ne doit rencontrer aucune difficulté ; la raison même indique que l'on doit appliquer distinctement les deux règles établies par les art. 585 et 586. Ainsi, soit une communauté formée le 1er juillet 1840 et dissoute le 1er novembre suivant, on suppose qu'au moment du mariage un bien rural appartenant à l'un des époux a été exploité par cet époux lui-même ou par la communauté jusqu'au 1er octobre, époque où devait commencer un bail à ferme déjà consenti avant le mariage moyennant un loyer annuel de 365 fr. Dans cette hypothèse et dans toutes celles où l'on rencontrerait cette transformation de fruits naturels en fruits civils ou réciproquement, le règlement des droits de la communauté se ferait de la manière la plus aisée. Des fruits naturels ou industriels, dans le cas proposé, ont été produits, pour la communauté, dans la première période, c'est-à-dire du 1er juillet au 1er octobre, et des fruits civils, dans la seconde, c'est-à-dire du 1er octobre au 1er novembre ; on appliquera donc à la

première la règle d'après laquelle les fruits ne sont acquis que par la perception, et à la seconde la règle d'après laquelle les fruits sont réputés s'acquérir jour par jour. Et en définitive, dans cette durée de quatre mois, la communauté aura acquis d'une part la récolte entière qui a dû être faite et perçue du 1er juillet au 1er octobre, et d'une autre part 31 fr., somme correspondante aux loyers réputés échus de jour en jour depuis le 1er octobre, date du bail à ferme, jusqu'au 1er novembre, date de la dissolution de la communauté.

391. Il nous reste à faire remarquer à propos des produits ordinaires des biens propres appartenant aux époux, qu'ils reviennent à la communauté non-seulement quand ils ont leur source dans une propriété immobilière perpétuelle ou dont la durée est bornée à un temps certain ou incertain, telle qu'une propriété réversible ou un usufruit, mais encore lorsqu'ils proviennent d'un propre mobilier, soit que ce propre ait été réservé tel par le contrat de mariage, dans le cas de communauté conventionnelle, soit que, dans le cas de communauté légale, il ait son principe dans l'une des causes qui seront indiquées à l'article suivant. Mais à l'égard de cette classe de propres, il faut distinguer, pour déterminer nettement le droit de jouissance de la communauté, entre ceux qui se consomment par le premier usage ou sont destinés à être promptement vendus, et ceux qui ne se consomment pas par le premier usage et ne sont pas destinés par leur nature même à être promptement vendus. La jouissance des premiers constitue, d'après l'art. 587, une véritable propriété; au contraire, la jouissance des seconds n'est toujours, selon l'art. 589, qu'un véritable usufruit. Mais l'application de ces règles et leurs conséquences trouveront plus naturellement leur place à la section suivante, qui a pour objet l'administration de la communauté.

392. La communauté, nous l'avons dit déjà, n'a pas droit seulement aux fruits ordinaires des propres des époux; elle a droit encore, dans une certaine mesure, aux produits extraordinaires, tels que les coupes de bois et les produits des mines et des carrières. Ce droit est déterminé par l'art. 1403, dont la disposition est ainsi conçue : « Les coupes de bois et les produits des carrières et mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. — Si les coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à

l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers. — Si les carrières et mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due. » Sauf les exceptions que nous ferons bientôt remarquer, la loi donne ici à la communauté, sur cette espèce de produits, les droits qu'elle accorde à l'usufruitier. Suivons le principe dans ses applications.

393. Les coupes de bois tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit. Par conséquent, la communauté a droit aux coupes de bois taillis, moyennant l'observation de l'ordre et de la quotité des coupes conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires; elle a droit également aux arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, à la charge toutefois de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement; elle a droit encore aux arbres fruitiers qui meurent, à ceux mêmes qui sont arrachés ou brisés par accident, sauf l'obligation de les remplacer par d'autres; enfin elle profite, en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupe réglées, soient que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. Ce sont là, en effet, les droits qui appartiennent à l'usufruitier, d'après les art. 590, 591 et 594 du Code civil; et puisqu'ils font partie de l'usufruit, ils appartiennent aussi à la communauté en vertu de l'art. 1403, qui lui attribue tout ce qui dans les coupes de bois est considéré comme usufruit.

394. Mais par contre, la communauté n'a aucun droit aux futaies non aménagées; les arbres dans ce cas ne sont point censés faire partie des fruits et des revenus de l'héritage, et c'est par ce motif qu'aux termes de l'art. 592 l'usufruitier *ne peut pas y toucher*. La communauté n'ayant précisément que les droits de l'usufruitier ne le peut pas davantage. Ainsi s'il arrivait que des arbres de cette nature eussent été abattus, durant le mariage, sur l'héritage propre de l'un des époux, ces arbres, quoique devenus meubles par la séparation du sol, n'appartiendraient point à la communauté, parce que provenus d'un propre sans en être les fruits, ils resteraient la propriété exclusive de celui des époux sur l'héritage duquel ils auraient été coupés. En conséquence, si ces arbres avaient été employés au profit de la communauté, ou si ayant été vendus la communauté en avait reçu le prix, l'époux

propriétaire serait fondé, à la dissolution de la communauté, à exercer la reprise de la valeur, en vertu de l'art. 1433 dont la disposition sera plus particulièrement expliquée à la section suivante (1).

Toutefois il faut, pour que la reprise puisse être exercée, que la communauté ait profité, d'une manière quelconque, de la valeur des arbres abattus ou arrachés. Il en serait autrement si ces arbres avaient été employés à des réparations sur l'héritage de l'époux propriétaire. En principe et aux termes de l'art. 592, l'usufruitier peut prendre, même dans les futaies non aménagées, les arbres arrachés ou brisés par accident pour les employer aux réparations dont il est tenu; il peut même, pour cet objet, en faire abattre s'il est nécessaire. Il n'est pas douteux que les mêmes droits ne doivent être accordés à la communauté. Nous en dirons autant des autres droits accessoires attribués à l'usufruitier, tels que celui de prendre dans les bois des échalas pour les vignes, et celui de prendre sur les arbres des produits annuels et périodiques (art. 593), comme des glands, des faines, des têtes de saules ou d'aulnes, et tous autres produits des arbres de futaie et de ceux qui ne sont ni taillis ni futaies.

Sous ces rapports divers, la position et les droits de la communauté sont entièrement semblables à ceux de l'usufruitier.

395. Mais sous un autre rapport, il y a entre les deux situations une différence notable : tandis que l'usufruitier ou ses héritiers n'ont droit, d'après l'art. 590, à aucune indemnité pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de *futaies, qui pouvaient être faites et ne l'ont* pas été pendant la jouissance de l'usufruitier, au contraire, aux termes, de l'art. 1403 n° 2, « si les coupes de bois qui pouvaient être faites durant la communauté ne l'ont point été, il en est dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers. » Nous avons déjà signalé la différence qui existe à cet égard entre l'usufruit et la communauté en parlant des fruits ordinaires auxquels la disposition de l'art. 1403 nous a paru devoir être étendue. Au surplus, on comprend, nous l'avons fait remarquer déjà, que le législateur n'ait posé le principe qu'à l'occasion des coupes de bois auxquelles la communauté aurait des droits; évidemment

(1) V. *Conf.* Douai, 30 janvier 1840 (aff. Agnès Legru). Quelques recueils ont supprimé dans cet arrêt la partie qui se rapporte au point dont nous parlons ici, lequel est d'ailleurs sans difficulté, et n'en ont reproduit que la portion relative à une question plus importante qui sera examinée à la section suivante.

c'est que les retards mis à faire une récolte sont plus vraisemblables lorsqu'il s'agit d'une coupe de bois que lorsqu'il est question de fruits ordinaires. De même on comprend le motif pour lequel le principe de la récompense a été posé ; le législateur a eu pour but de prévenir les fraudes possibles. En effet, le mari, quand c'est lui qui est propriétaire, pourrait s'enrichir aux dépens de la communauté en différant jusqu'après la dissolution de cette communauté une coupe de bois dont, alors, il profiterait seul ; ou bien encore, si la femme était propriétaire, faire à celui-ci, en différant également la récolte, un avantage indirect au préjudice de ses propres héritiers (1). La récompense remédie à ces combinaisons frauduleuses que la loi a prévues, mais qu'elle ne peut pas empêcher.

396. On verra à la section suivante comment doit être réglée cette récompense et en général toutes les récompenses dues soit par les époux, soit par la communauté. Seulement nous constaterons ici que le législateur s'est exprimé d'une manière inexacte lorsqu'il a dit que la récompense est due « à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers. » C'est à la *communauté* que la récompense est due par celui des époux auquel la coupe a profité, puisque c'est la communauté qui a été privée d'une valeur à laquelle elle avait droit. Et la rectification a de l'importance ; car d'un côté, si la récompense était due au conjoint non propriétaire, il s'ensuivrait que dans le cas où ce conjoint serait la femme, elle y conserverait des droits même en renonçant à la communauté, tandis qu'étant due à la communauté, la femme ou ses héritiers doivent nécessairement accepter pour prendre la part qui leur revient dans la récompense (art. 1492) ; d'un autre côté, la récompense étant due à la communauté, les intérêts courent de plein droit du jour où la société a été dissoute, tandis qu'ils ne courraient qu'à partir de la demande en justice si la récompense était due à l'un des époux personnellement (art. 1473 et 1479). Mais ces règles qui se rapportent à toutes les indemnités seront bientôt plus amplement expliquées.

397. Les produits des mines et des carrières donnent lieu aussi à des observations particulières.

En thèse générale, ces produits ne peuvent pas être considérés comme des fruits, car ils ne se renouvellent pas à mesure

(1) V. MM. Delvincourt, aux notes, t. III, p. 15, note 9, édit. de 1824 ; Duranton, t. XIV, n° 148 ; Taulier, t. V, p. 31 ; Mourlon, p. 15.

qu'ils sont extraits du fonds (1). C'est pourquoi, dans l'ancienne jurisprudence française, on regardait comme une règle générale, que les pierres tirées d'une carrière qui avait été ouverte durant le mariage sur l'héritage propre de l'un des conjoints, ne devaient pas être considérées comme appartenant à la communauté, mais comme faisant partie du fonds d'où elles avaient été tirées, lequel en avait été diminué d'autant. Néanmoins, à l'égard des carrières tellement abondantes qu'elles semblaient inépuisables, on considérait les pierres qui en étaient extraites pendant le mariage comme appartenant à la communauté, lorsque ces carrières étaient établies avant le mariage sur l'héritage propre de l'un des conjoints, parce que les pierres qu'on tirait de ces carrières passaient pour le revenu de l'héritage qui n'était pas propre à en produire d'autre (2).

Le Code civil a attribué, et même d'une manière plus absolue, des droits semblables à la communauté ; car sans s'attacher au plus ou moins d'importance des carrières, l'art. 1403 a déclaré dans son premier paragraphe que « les produits des carrières et mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. » Or, aux termes de l'art. 598 l'usufruitier « jouit de la même manière que le nu-propriétaire des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du roi ; — mais il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée... » Il faut donc distinguer encore aujourd'hui entre les mines et les carrières qui existaient sur l'héritage propre de

(1) Les jurisconsultes romains faisaient cependant à cet égard une distinction. A leur avis, il existait, notamment dans les Gaules et dans l'Asie, certaines carrières où la pierre renaissait à mesure de son extraction. En conséquence, la pierre de ces carrières était considérée comme un fruit de l'héritage. C'est seulement à l'égard des autres carrières où la pierre ne renaissait pas, que le produit était considéré non pas comme un fruit de l'héritage, mais comme une partie du fonds lui-même. Il résultait de là qu'à l'exception des carrières où la pierre était réputée renaître, les marbres que le mari avait tirés durant le mariage, d'une carrière qu'il avait ouverte sur le fonds dotal de sa femme, n'appartenaient pas au mari comme fruit, mais faisaient partie de la dot. V. ff. la loi 18 *De fund. dot.*, et la loi 7, § 13 et 8, *sol. matr.*

(2) V. Pothier, *De la communauté*, n° 97, et le *Nouv. Denizart*, v° *Carrières*, § 2, n° 1.

l'un des époux dès avant le mariage, et celles qui n'ont été ouvertes ou dont l'exploitation n'a commencé que depuis.

398. Ainsi, quant aux carrières, leurs produits tombent dans la communauté, lorsque la carrière était ouverte et exploitée avant le mariage, parce qu'alors l'héritage étant considéré comme destiné à ce genre d'exploitation, les produits qu'on en retire ont réellement le caractère de fruits et vont à l'actif de la communauté comme moyen de supporter les charges du ménage.

Il en est ainsi des mines déjà mises en activité au moment de la formation de la société conjugale. Seulement il convient ici de faire remarquer que la disposition de l'art. 598 a subi une modification par l'effet de la loi spéciale du 21 avril 1810. La concession de l'exploitation des mines était personnelle au moment où le Code civil a été promulgué; partant lorsqu'un usufruitier ou un nouveau propriétaire voulait exploiter à la place du concessionnaire primitif, il devait obtenir une permission nouvelle du roi : c'est ce qu'exprime l'art. 598 du Code ci-dessus reproduit. Mais aujourd'hui, d'après l'art. 7 de la loi du 21 avril 1810, l'acte de concession confère une propriété transmissible comme tous les biens (1), en sorte que soit l'usufruitier, soit un nouveau possesseur ou propriétaire, n'est plus obligé d'obtenir une autorisation nouvelle. Ainsi, la mine appartenant à la femme, le mari peut après le mariage continuer l'exploitation sans une autorisation nouvelle du gouvernement.

Nous ajouterons que la propriété de la surface ne conférant par elle-même aucun droit privatif et direct sur ces mines ni sur les matières minérales, constitue une propriété distincte qui peut être concédée à un autre que le propriétaire de la surface (V. la loi du 21 avril 1810, art. 13 et suiv.). Si une telle concession a été faite à un tiers avant le mariage, la communauté profite également du produit de la redevance qui doit être payée, aux termes de la loi de 1810, par le concessionnaire à l'époux propriétaire de la surface. Quant à la redevance elle-même, elle est un droit immobilier d'après l'art. 18 de la loi précitée; à ce titre elle demeure propre à l'époux.

399. Que si les mines ou carrières ont été ouvertes seu-

(1) Cette propriété est même tellement complète, que, d'après une jurisprudence contre laquelle le chef du parquet de la cour suprême a fait d'inutiles efforts, le concessionnaire ou ses ayant-droit n'en peuvent être dépossédés pour cause d'utilité publique sans indemnité. V. *Civ. cass.*, 18 juillet 1837 (Concess. des mines de Couzon), et l'arrêt de cassation rendu le 3 mars 1841 par les chambres réunies, à l'occasion de la même affaire.

lement depuis le mariage, il résulte du premier paragraphe de l'art. 1403 combiné avec l'art. 598 que les produits n'appartiennent pas à la communauté. En effet, d'après l'art. 1403, les produits des mines et des carrières ne tombent dans la communauté que pour ce qui en est considéré comme usufruit; et selon l'art. 598, l'usufruitier n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée au moment où l'usufruit s'est établi. Si donc des produits ont été extraits de mines ou de carrières ouvertes pendant la durée de la communauté, ces produits n'ont pu être versés dans l'actif que sauf récompense. C'est ce qu'exprime, quoique d'une manière moins précise, le troisième paragraphe de l'art. 1403, aux termes duquel les produits *tombent* dans la communauté sauf récompense ou indemnité *à celui des époux à qui elle pourrait être due.*

400. *A celui des époux à qui elle pourra être due*, dit la loi. A qui donc cette récompense peut-elle être due et en quoi consiste-t-elle? On trouve, sur ce point, quelques dissidences dans *l'opinion des auteurs.* D'après M. Delvincourt, cette récompense devrait consister seulement dans la différence existante entre la valeur actuelle du fonds et celle qu'il aurait eue dans son état ordinaire (1). Et, il faut le dire, cette opinion est entièrement conforme à la pensée première qui a inspiré le § 3 de l'art. 1403. En effet, ce troisième paragraphe a été ajouté à l'article sur la demande du tribunat, qui voulait en même temps que l'on dît expressément dans le premier paragraphe qu'il s'agissait des produits des carrières et des mines ouvertes *avant le mariage* (2). Voici les observations du tribunat à l'appui de sa proposition : « Il est à propos de s'expliquer sur les carrières et mines ouvertes avant le mariage, et sur celles ouvertes pendant le mariage : ce que ne faisait pas le projet de loi. La section pense que *dans les deux cas les produits doivent tomber dans la communauté;* mais qu'au second cas, il faut réserver pour le mari une récompense, s'il avait employé à l'ouverture d'une mine des sommes considérables dont il n'aurait pu être indemnisé par des produits qui n'auraient eu lieu qu'après, et qui seraient néanmoins le résultat de ces avances. — La section a aussi pensé qu'il devait être

(1) V. t. III, p. 14, note 7, édit. de 1824, aux notes.

(2) Le projet primitif de l'art. 1403 ne contenait en effet que les deux premiers paragraphes tels qu'ils sont aujourd'hui dans le Code civil. (V. M. Locré, t. XIII, p. 127); et au moyen du renvoi fait au titre de l'usufruit, il faut dire que cela était suffisant.

réservé pour la femme propriétaire du fonds, une indemnité à raison des sommes qu'il faudrait dépenser pour remettre le fonds dans son ancien état, après qu'on en aurait tiré tout ce qu'il aurait été possible d'extraire, et qui serait tombé dans la communauté. Cette récompense et cette indemnité dépendent des circonstances. Voilà pourquoi on doit se borner à les annoncer, *s'il y a lieu* (1). » C'est bien certainement dans cette pensée qu'a été émise l'opinion de M. Delvincourt, car cette opinion présuppose que les produits même des mines ouvertes pendant le mariage appartiennent à la communauté, et précisément on voit que le tribunat proposait de les y faire tomber.

Mais alors le troisième paragraphe de l'art. 1403 se trouverait en contradiction avec le premier, dans lequel on ne retrouve pas, par une circonstance que la discussion de la loi n'explique pas, les mots « ouverte avant le mariage, » dont le tribunat demandait l'addition. Le troisième paragraphe, en effet, donnerait à la communauté les produits des mines ou carrières ouvertes pendant le mariage, tandis que le premier lui refuse virtuellement ce droit, en se référant d'une manière générale aux règles de l'usufruit, en assimilant la communauté à l'usufruitier qui, d'après l'art. 598, n'a aucun droit aux produits des mines non ouvertes avant son entrée en jouissance. Donc, pour mettre de l'harmonie dans l'art. 1403, il faut dire que la récompense dont il s'agit au § 3 consiste dans les produits nets (c'est-à-dire déduction faite des frais d'extraction) des mines et des carrières qui ont été versés dans la communauté, bien que la communauté n'y eût aucun droit, et par conséquent que cette récompense est établie en faveur de l'époux propriétaire de la carrière ou de la mine (2).

Il ne s'ensuit pas cependant qu'une récompense indépendante de celle-là ne puisse pas être due à l'un ou à l'autre des époux : au mari s'il n'a pu recueillir pendant le mariage assez de produits pour se couvrir des dépenses qu'il a faites et qu'en la qualité d'administrateur il a dû faire pour l'ouverture d'une mine ou d'une carrière appartenant à la femme ; à celle-ci si l'ouverture de la mine lui a porté préjudice ou a détérioré son héritage. Toutefois la récompense est due dans ces cas, les seuls que le

(1) V. M. Locré, *ibid.*, p. 243-245.

(2) V. *Conf.* MM. Duranton, t. XIV, n° 147 ; Dalloz aîné, t. X, p. 186, n° 29 ; Bellot, t. I, p. 146 ; Battur, n° 200 ; Toullier, t. XII, n° 128 ; Zachariæ, t. III, p. 414 et 415, note 12 et 15 ; Glandaz, *loc. cit.*, n° 76 ; Taulier, t. V, p. 50.

tribunat avait prévus, non pas en vertu de l'art. 1403, mais en vertu du principe général posé dans l'art. 1437 dont la disposition sera expliquée à la section suivante.

N° 3. — *Conquêts immeubles.*

Sommaire.

401. Transition aux immeubles.

402. La communauté se compose seulement de ceux qui sont acquis pendant le mariage. Art. 1401 et 1404, n° 1.

403. La condition pour faire un conquêt de communauté est donc que l'acquisition puisse se placer à une époque contemporaine du mariage. Toutefois le principe n'est pas absolu. Dans certains cas, des immeubles, quoique acquis pendant le mariage, sont exclus de la communauté. — Renvoi.

404. Et, en sens inverse, un immeuble, dont l'acquisition a précédé la célébration du mariage, fait cependant partie de l'actif, si l'acquisition en a été faite après la rédaction du contrat de mariage stipulant la communauté. Texte de l'art. 1404, n° 2.

405. *Limites dans lesquelles doit être renfermée la disposition exceptionnelle* de cet article. Elle ne s'applique pas d'abord au cas où le mariage n'a pas été précédé d'un contrat.

406. Dans le cas où un contrat a été passé, la disposition ne s'applique pas non plus à l'acquisition immobilière faite par l'un des époux avant la date du contrat, cette acquisition fût-elle ignorée de l'autre époux.

407. Pareillement, l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, serait propre à l'époux si celui-ci s'était réservé, par son contrat, de faire cette acquisition ;

408. Ou bien encore, si, à défaut de réserve, l'acquisition n'avait pas été faite au moyen d'une aliénation de sommes ou de valeurs destinées par leur nature à entrer dans la communauté.

409. Sauf cette exception que prévoit l'art. 1404, la communauté n'a droit aux immeubles qu'en tant qu'ils sont acquis soit par les époux conjointement, soit séparément par l'un d'eux, après la célébration du mariage.

410. Mais à quel titre l'acquisition doit-elle être faite pour qu'elle produise un conquêt? Le conquêt n'est pas incompatible avec le titre lucratif autre que la succession.

411. Toutefois la source principale des conquêts est l'acquisition à titre onéreux.

412. Suite.

413. Suite.

414. Tout immeuble existant parmi les biens des époux à la dissolution de la communauté est réputé conquêt. Texte de l'art. 1402.

415. Mais la présomption ne s'applique pas à l'immeuble acquis après la dissolution de la communauté.

416. Elle fléchit devant la preuve contraire.

417. Le fait à prouver pour faire tomber la présomption est la propriété ou la possession antérieure au mariage.

418. Par conséquent si la preuve est faite d'un droit de propriété même indépendant de toute possession, la présomption de l'art. 1402 s'efface.

419. L'application de la règle est indépendante de la validité des titres sur lesquels repose le droit de propriété. — Exemples.

420. Lorsque la preuve est faite d'une possession antérieure au mariage, la présomption de l'art. 1402 fléchit également; mais il faut que l'époux ait possédé à titre de propriétaire.

421. Il n'est pas nécessaire que la possession ait duré pendant un an avant le mariage.

422. Ainsi, l'immeuble est un propre, encore que la prescription se soit accomplie seulement pendant la durée de la communauté.

423. Il en est ainsi dans le cas de possession non accompagnée de titre.

424. Et à plus forte raison lorsqu'un titre sert de base à la possession, quand même ce titre, irrégulier dans le principe, n'aurait été confirmé que pendant le mariage.

425. *Secùs* si le titre étant entaché d'une nullité radicale, l'immeuble n'a été maintenu entre les mains de l'époux possesseur avant le mariage que par un nouvel acte consenti pendant la durée de la communauté.

401. Après avoir expliqué les règles d'après lesquelles les meubles de chacun des époux et les produits de tous leurs biens communs ou personnels, sont acquis à la communauté, nous arrivons aux immeubles.

Ici nous retrouvons, dans l'expression même de la loi nouvelle, les traditions de la législation coutumière. On désignait autrefois, sous la dénomination de *conquêts*, les immeubles qui entraient dans la communauté comme un produit de la collaboration ou des économies communes; c'est en ce sens que le mot *conquêts* était employé dans l'art. 220 de la coutume de Paris, et ainsi entendu, le mot *conquêts* était pris par opposition à celui de *propres*, dont la signification a été indiquée plus haut (1). Le texte de l'art. 1408 dont la disposition va être bientôt expliquée (2) prouve que le mot conquêts a conservé, sous l'empire de la loi nouvelle, son ancienne signification. A la vérité, l'art. 1402 se sert, pour exprimer la même chose, du mot *acquêts* qui, dans l'ancien droit coutumier, se disait plus particulièrement par opposition aux *propres de succession* (3). Mais les propres de succession n'ont pas

(1) V. *suprà*, n° 307.

(2) V. l'article suivant, n° 2.

(3) L'esprit du droit coutumier était que chacun conservât à sa famille les biens qui lui en étaient venus. De là les *propres de succession*, qui étaient les biens provenus au défunt, dont la succession était à partager, de l'une de ses

été admis par la législation moderne (art. 732), en sorte que l'équivoque étant désormais impossible, on a pu appliquer indistinctement aux biens communs en matière de communauté la dénomination de conquêts et celle d'acquêts: par la même raison nous emploierons aussi, pour désigner les biens personnels de chacun des époux, celle de *propres*, quoique le Code civil se soit abstenu de s'en servir.

402. Considérés comme troisième et dernier élément de la formation de l'actif dans la communauté légale, les immeubles ou les conquêts sont soumis à une règle moins absolue que la règle relative aux meubles: sauf une exception dont nous allons parler, ceux-là seuls sont biens de la communauté qui sont acquis pendant le mariage. Nous en avons déjà dit les motifs (1); et sans nous arrêter davantage sur ce point, nous passons à l'explication de la loi.

Le principe est posé dans l'art. 1401, dont le dernier numéro dispose que la communauté se compose activement « de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. » Comme corrollaire de cette disposition, le n° 1er de l'art. 1404 ajoute: « Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, ou qui leur échoient pendant son cours, à titre de succession, n'entrent point en communauté. » Enfin, la pensée de la loi est complétée par l'art. 1402, dont la disposition est ainsi conçue: « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou de donation. »

Ainsi, en thèse générale, on doit considérer comme conquêts tous les immeubles acquis durant le mariage soit par les deux époux en commun, soit par l'un d'eux séparément. A la dissolution de la communauté, tous les immeubles que les époux possèdent alors ou qu'ils ont possédés pendant la durée de leur société, sont indistinctement attribués à l'actif à partager; sauf à

branches ou lignes de parenté et qui y retournaient à sa mort, exclusivement aux parents des autres branches, même plus proches en degré, par application de la règle *paterna paternis, materna maternis*. Quant aux acquêts, c'étaient les immeubles non provenus de la famille, mais acquis par le défunt, soit à titre onéreux, comme par achat, soit même à titre gratuit, comme par donation ou par legs, pourvu toutefois que la donation ou le legs ne fût pas émané du père, de la mère ou de tout autre ascendant. V. Pothier, *Tr. des propres*, observ. prélim.

(1) V. *suprà*, n° 305. V. aussi n° 309.

l'un des époux, s'il pouvait se prévaloir de l'une des causes de propres dont nous parlerons à l'article suivant, à justifier de son droit personnel et exclusif sur l'immeuble dont il revendiquerait la propriété. Voilà, dans son ensemble, la pensée de la loi. Pour exposer d'une manière complète les développements qu'elle comporte et pour résoudre les difficultés d'application qu'elle a suscitées, nous aurons à parler successivement de la date et du titre de l'acquisition, et de l'étendue de la présomption en vertu de laquelle l'objet acquis est provisoirement classé parmi les conquêts de la communauté.

403. La loi fait tomber dans l'actif de la société conjugale les biens immeubles acquis pendant la communauté. La condition pour faire un conquêt de communauté est donc, en principe, que la date de l'acquisition puisse se placer à une époque contemporaine de l'association des époux. Toute acquisition immobilière dont le titre a précédé la formation de la société est constitutive d'un propre pour celui des époux qui l'a faite, sauf à cet époux à détruire, s'il y a lieu, par les moyens qui seront bientôt indiqués, la présomption contraire établie par l'art. 1402: telle est la règle générale. Toutefois, cette règle n'est pas sans exception; elle en reçoit, au contraire, d'assez nombreuses et de natures diverses: d'une part, en effet, des immeubles acquis pendant le mariage sont néanmoins exclus de la communauté dans plusieurs cas que nous aurons à examiner à l'article suivant, n° 2; d'une autre part, et en sens inverse, il est un cas unique où des immeubles acquis par l'un des époux avant la célébration du mariage constituent cependant des conquêts pour la communauté.

404. Ce dernier cas, qui rentre tout naturellement dans le sujet dont nous traitons en ce moment, est prévu par l'art. 1404 du Code civil, dont la seconde disposition a sanctionné en cela un point de doctrine que les anciens auteurs admettaient assez généralement il est vrai, mais qui cependant était sujet à controverse. On se demandait, en effet, si l'un des époux pouvait changer, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, la nature des biens qu'il avait au moment du contrat, et remplacer des meubles ou des valeurs mobilières qui seraient naturellement entrés dans la communauté, par des immeubles exclus par leur nature de cette communauté. La négative avait prévalu, car, disait-on, les parties en ne s'expliquant pas sur les choses qui doivent composer leur communauté sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune

d'elles avait alors et qui étaient de nature à y entrer (1). Néanmoins, il n'y avait, sur ce point, rien de précis dans la loi, et si en général les tribunaux se conformaient à la solution précédente, qui d'ailleurs était contredite par quelques auteurs (2), il n'en faut pas moins reconnaître que, dans le silence de la législation, cette solution était contraire aux principes: c'est ce que prouve une réflexion de Lebrun, qui, après avoir rapporté un arrêt du 15 octobre 1677 rendu dans le sens de l'opinion dominante, ajoutait (3) : «Cela fut jugé volontiers par forme de dédommagement: car au surplus, la communauté n'a lieu que du jour de la célébration, les parties n'ayant pas dessein d'être en communauté avant d'être en mariage. »

Mais ce qui n'était autrefois qu'une transaction proposée par les auteurs en vue de déjouer les manœuvres frauduleuses à l'aide desquelles la bonne foi des conjoints pouvait être surprise, s'est transformé, dans le même intérêt, en loi positive sous l'empire du Code civil. Ainsi, l'art. 1404, après avoir rappelé le principe que les immeubles possédés par les époux au jour de la célébration du mariage n'entrent point en communauté, ajoute : « Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle serait réglée suivant la convention. »

Toutefois, cette disposition n'en est pas moins exceptionnelle; et l'on peut encore lui appliquer l'observation de Lebrun, « elle a été admise par forme de dédommagement : car, au surplus, la communauté n'a lieu que du jour de la célébration, les parties n'ayant pas dessein d'être en communauté avant d'être en mariage. »

De là, plusieurs conséquences.

405. D'abord, la disposition de la loi ne doit pas être étendue

(1) V. Lebrun, *De la communauté*, l. I, ch. IV, n° 8.

(2) Les auteurs du nouveau Denisart, v° *Communauté de biens*, § 7, n°s 11 et 12, après avoir rapporté l'arrêt du 15 octobre 1677, dont nous parlons au texte, ajoutent : « On voudra peut-être conclure de cet arrêt, que le bien acquis dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration n'est pas propre à l'acquéreur; et qu'il est un véritable conquêt, lequel doit être partagé en nature entre l'acquéreur et l'autre conjoint. Cependant, suivant les principes, le bien est propre à l'acquéreur, sauf l'indemnité... »

(3) V. *loc. cit.*, n° 9.

d'un cas à un autre. Elle prévoit le cas où il a été fait un contrat contenant stipulation de communauté ; elle ne doit donc pas être appliquée dans le cas d'une communauté légale établie de plein droit à défaut d'un contrat fait avant le mariage. Ainsi, en supposant que l'un des deux époux mariés sans contrat ait immobilisé une partie de sa fortune mobilière par l'acquisition d'un immeuble faite peu de jours avant la célébration de son mariage et quand tous les préliminaires en étaient déjà accomplis, l'immeuble sera certainement propre à cet époux. Lorsque la loi a disposé en sens contraire relativement à l'acquisition opérée dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, c'est qu'elle a supposé une convention tacitement formée entre les parties à l'instant même du contrat, convention par laquelle l'une et l'autre promettaient de transmettre à la communauté tout ce qui, dans leur fortune, était susceptible, par sa nature, au moment même où elles ont contracté, de grossir l'actif de leur société future : c'est cette convention tacite que la loi a eue en vue et dont elle a voulu assurer et protéger les effets. Mais lorsque aucun contrat n'a précédé le mariage, il n'y a pas eu par cela même de convention tacite ; l'exception doit donc fléchir devant la règle générale d'après laquelle les époux apportent à la communauté de leur fortune présente seulement les meubles et les valeurs mobilières qu'ils possèdent au jour de la célébration du mariage.

406. En second lieu, même quand un contrat a précédé la célébration du mariage, il importe de ne pas dépasser dans l'application les prévisions du législateur. La loi veut que l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration tombe dans la communauté. Une acquisition immobilière qui se placerait immédiatement avant la date du contrat, cette acquisition fût-elle ignorée du futur conjoint de l'acquéreur, fût-elle même postérieure aux publications dont le mariage doit être précédé, ne pourrait pas être considérée comme rentrant dans l'exception. Par sa nature même, toute exception doit être renfermée dans son cas précis : celle dont il s'agit ici n'est susceptible d'être appliquée que lorsque deux circonstances se réunissent, l'une qu'il y a contrat de mariage contenant stipulation de communauté, l'autre qu'il y a une acquisition d'immeubles depuis le contrat. Or, cette dernière circonstance manque dans le cas proposé. L'exception n'est donc pas applicable.

407. Enfin, la disposition exceptionnelle de l'art. 1404 est susceptible de modification. La loi elle-même en signale une,

lorsque après avoir attribué à la communauté l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat à la célébration, elle réserve expressément l'acquisition faite en exécution de quelque clause du mariage. Les parties peuvent donc se réserver, dans leur contrat de mariage, la faculté d'immobiliser une portion de leur fortune mobilière au moment du contrat. Cette réserve est un avertissement donné, par celui qui la fait, à son futur conjoint; en sorte que celui-ci n'ayant pas pu concevoir de fausses espérances, il n'y a plus aucun motif de faire tomber dans la communauté les choses non susceptibles d'y entrer par leur nature, et qui ont été substituées en vertu de la réserve, à une portion de meubles ou de valeurs mobilières.

408. Mais il est une autre modification que la loi ne signale pas et qui même est en apparence contredite par les termes dont s'est servi le législateur. En effet, prise à la lettre, la disposition qui fait tomber dans la communauté l'immeuble *acquis* par l'un des époux dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration semblerait applicable à tout immeuble obtenu, pendant cette période, par l'un des époux, à un titre quelconque, fût-ce même à un titre gratuit; car c'est *acquérir* une valeur immobilière que de la recevoir sans en rendre l'équivalent. Il est sensible, cependant, que cette interprétation judaïque de la loi en dépasserait de beaucoup les justes prévisions. En empruntant à la doctrine des auteurs anciens une solution qui avait son principe dans la nécessité d'empêcher que l'une des parties contractantes, trompant de légitimes espérances, n'immobilisât sa fortune mobilière et n'enlevât ainsi à l'actif des valeurs sur lesquelles son conjoint avait dû compter, le législateur moderne s'est manifestement proposé de répondre au même intérêt. L'interprétation de la loi doit donc se faire sous l'inspiration de cette pensée; partant, pour que le principe fléchisse devant l'exception, en d'autres termes, pour que des immeubles acquis avant la célébration du mariage, mais après la rédaction du contrat, tombent dans la communauté contrairement à la règle qui, relativement aux immeubles, n'attribue à l'actif que ceux acquis pendant le mariage, il faut, dans la pensée de l'art. 1404, comme autrefois dans la pensée des jurisconsultes, que l'acquisition ait été faite moyennant une aliénation de choses ou de valeurs mobilières destinées par leur nature à tomber dans la communauté. Alors seulement l'acquisition présente ce caractère de surprise et de fraude contre lesquelles le législateur a voulu prémunir les époux

D'après cela on doit dire, que si un immeuble acquis à l'un des époux dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage provient d'une donation, cet immeuble suit la loi générale qui laisse à chacun des époux la propriété exclusive des choses immobilières possédées par eux au moment où le mariage est célébré par l'officier de l'état civil; il n'y a aucune raison d'appliquer la disposition exceptionnelle de l'art. 1404, car il n'est fait, dans ce cas, aucune fraude à l'autre époux qui n'avait pas dû compter sur cet immeuble (1).

Par identité de raison, si dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, l'un des conjoints a échangé un immeuble ou une valeur immobilière contre un autre immeuble ou une autre valeur immobilière, la chose substituée à celle que l'époux possédait originairement ne rentre pas non plus sous la disposition exceptionnelle de l'art. 1404; elle demeure exclue de la communauté légale, en vertu des principes généraux. Ici encore, il n'y a aucune fraude au préjudice de l'autre époux : par l'effet d'une subrogation réelle, un immeuble a pris la place d'un autre immeuble; et lorsque la communauté n'avait pas dû compter sur le premier, comment et à quel titre prétendrait-elle à celui que l'échange lui a substitué ?...

Toutefois il se peut, dans ce dernier cas, que les immeubles échangés étant de valeurs inégales, la différence ait été remplie au moyen d'une soulte payée de part ou d'autre. Si la soulte a été reçue par le futur conjoint, la somme qui la constitue tombe dans la communauté; car nous l'avons dit déjà (2), l'art. 1404 qui prévoit le cas où des sommes ont été converties en immeubles dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, ne prévoit pas l'hypothèse inverse, celle où des immeubles ont été convertis, pendant la même période, en meubles ou en valeurs mobilières; et nous avons conclu que, dans ce cas, les meubles ou les valeurs mobilières tombent dans la communauté sans que l'époux qui en a fait l'apport ait le droit d'en exercer la reprise à la dissolution de la communauté. Or, s'il en est ainsi d'un prix de vente, il en doit être de même, par identité de raison, de la soulte reçue pour compenser la différence entre l'immeuble donné en échange par le futur et celui qu'il a reçu en contre-échange. — Au contraire, si c'est le futur conjoint qui a payé la soulte, la communauté se trouvant ainsi privée d'une

(1) *Conf.* Pothier, *De la communauté*, n° 281.
(2) V. *suprà*, n° 329.

valeur sur laquelle elle avait dû compter, elle en doit être indemnisée : c'est une application directe et naturelle du principe posé dans l'art. 1404. Mais comment sera-t-elle indemnisée? L'immeuble acquis en contre-échange sera-t-il un conquêt de communauté sauf récompense au profit des époux jusqu'à concurrence de l'immeuble qu'il a donné en échange? Ou bien sera-t-il exclu de l'actif sans récompense au profit de la communauté pour la somme payée à titre de soulte par le futur époux? La question se résout par les règles exposées à l'occasion de l'art. 1407, qui prévoit le cas où un immeuble a été acquis pendant le mariage à titre d'échange contre un immeuble appartenant à l'un des deux époux. Nous y renvoyons le lecteur.

409. Ainsi fixé sur les limites où se renferme la disposition exceptionnelle de l'art. 1404, on peut dire que, sauf le cas prévu par cet article, il n'y a d'immeubles acquis à la communauté que ceux dont l'acquisition est contemporaine de la société conjugale, soit qu'elle ait été faite par les deux époux conjointement, soit qu'elle ait été faite séparément par l'un ou par l'autre.

410. Mais toute acquisition, même contemporaine du mariage, est-elle susceptible de constituer un conquêt? Non ; nous avons dit déjà, et nous reviendrons sur ce point à l'article suivant, que dans plusieurs cas spécialement *prévus par le législateur*, des immeubles advenus à l'un ou à l'autre époux pendant la durée de la société conjugale sont néanmoins exclus de la communauté. Quelles sont donc précisément les acquisitions immobilières susceptibles de constituer des conquêts de communauté? En thèse générale, ce sont principalement les acquisitions à titre onéreux. Nous disons *principalement*, parce que ces espèces d'acquisitions ne sont pas la source unique des conquêts, ainsi que quelques auteurs ont paru le supposer (1). On voit bien, en effet, que l'art. 1404 déclare exclus de la communauté les immeubles qui échoient aux époux, pendant le mariage, *à titre de succession;* mais une exclusion semblable n'existe pas de plein droit à l'égard des immeubles qui adviennent à l'un ou à l'autre des époux par voie de donation ou de testament. Qu'est-ce à dire, sinon que les immeubles provenant de cette source peuvent très-bien avoir le caractère de conquêts de communauté? En effet, le législateur lui-même le reconnaît d'une manière plus nette, lorsque prévoyant le cas d'une donation faite à l'un des deux époux pendant le mariage, il déclare par l'art. 1405 que cette

(1) V. M. Battur, *De la communauté*, t. II, n° 201.

donation est propre à l'époux donataire « à moins, ajoute-t-il, que la donation ne contienne expressément que *la chose donnée appartiendra à la communauté.* » Il est donc possible de concevoir des conquêts immeubles provenant d'un titre tout autre que d'un titre onéreux.

Bien plus, à ne consulter que la disposition textuelle de l'art. 1405, on est allé jusqu'à dire que si au lieu d'être faite à un seul époux la donation était faite aux deux conjointement, l'immeuble ainsi acquis serait un conquêt de communauté. Toutefois, c'est là une question controversée dont l'examen trouvera mieux sa place à l'article suivant, où nous traitons des biens propres à chacun des époux.

Quoi qu'il en soit, le titre lucratif d'une acquisition immobilière n'est pas nécessairement, à moins qu'il s'agisse d'une succession, constitutif d'un propre : c'est pour le moment la seule observation que nous voulions présenter.

411. Néanmoins, si une donation ou un testament fait en faveur de l'un ou de l'autre époux peut, suivant les circonstances, créer un conquêt de communauté, on doit reconnaître que les conquêts ont plus particulièrement leur principe dans des acquisitions à titre onéreux. D'ailleurs, ici la règle est empreinte d'un plus grand caractère de généralité. Il est naturel, en effet, de supposer que les époux mariés sous le régime de la communauté légale ayant mis en commun et leur fortune mobilière et leur travail, n'ont pu acquérir des immeubles, soit ensemble, soit séparément, qu'en en prenant le prix dans le fonds commun. Comment donc l'acquisition ne leur serait-elle pas commune lorsque l'objet acquis est, en définitive, le produit de leur collaboration commune, ou des économies faites sur les fruits et les revenus de leurs propres respectifs, ou la représentation matérielle de leurs apports dans la société? On doit donc classer parmi les conquêts de la communauté tout immeuble ou toute valeur immobilière provenant d'une acquisition, à titre onéreux, faite pendant le mariage.

412. D'après cela, il ne nous semble pas contestable que l'acquisition, faite avec les fonds de la communauté, d'un usufruit dont se trouvait grevé l'immeuble propre de l'un des époux, ne fasse de cet usufruit un conquêt de la communauté. Toutefois, cette appréciation a été contestée. Dans l'ancien droit, Dumoulin s'était prononcé en sens contraire (1), et son avis avait été vir-

(1) Comment. sur l'anc. art. 119 de la *Cout. de Paris*. On y lit : « Redemp-

tuellement admis par Pothier, qui, posant en principe que le rachat, dans le cas proposé, constituait un propre pour l'époux nu-propriétaire, se bornait à rechercher comment et dans quelle mesure cet époux en devait récompense à la communauté (2). C'est aussi cette doctrine que l'on a tenté de reproduire sous l'empire du Code civil, et l'on s'est fondé, d'une part, sur l'art. 1408, d'après lequel l'acquisition faite pendant le mariage, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, forme un propre pour cet époux et non point un acquêt pour la communauté ; d'une autre part, sur l'art. 1437, aux termes duquel il est dû récompense à la communauté par l'époux dont l'immeuble a été dégrevé de charges personnelles au moyen de deniers pris dans le fonds commun (3).

Mais il est à peine nécessaire de faire voir comment, dans ce système, les art. 1408 et 1437, dont les dispositions seront plus

tio servitutis *vel ususfructus* facta constante matrimonio *non cadit in communionem.* »

(2) Dans son *Traité de la communauté*, n° 639, Pothier dit en effet : « Lorsque la servitude dont l'héritage de l'un des conjoints était chargé, et qui a été rachetée des deniers de la communauté, était une servitude personnelle, *putà*, si c'était un droit d'usufruit, pour décider s'il y a lieu à la récompense, je crois qu'on doit distinguer si le tiers qui avait ce droit d'usufruit, qui a été racheté des deniers de la communauté, est mort avant la dissolution de la communauté, ou s'il y a survécu. S'il est mort avant, il n'y a pas lieu à récompense, car c'est la communauté qui seule a profité du rachat de cet usufruit, puisqu'elle a reçu les revenus de l'héritage pendant tout le temps qu'eût duré l'usufruit, s'il n'eût pas été racheté. Si, au contraire, le tiers à qui appartenait le droit d'usufruit a survécu à la dissolution de la communauté, le conjoint propriétaire de l'héritage profite du rachat qui a été fait des deniers de la communauté, de l'usufruit dont était chargé son héritage, puisqu'il entre aussitôt en jouissance de cet héritage ; au lieu qu'il n'y serait entré qu'à la mort de cet usufruitier, si l'usufruit n'eût pas été racheté. Il doit donc, pour ce rachat dont il profite, une récompense à la communauté... »

(3) V. M. Duranton, t. XIV, n° 371. Ce système a été présenté devant la cour suprême contre un arrêt de la cour de Rouen du 1er juillet 1841, qui avait considéré le rachat, avec les deniers de la communauté, d'un usufruit grevant un immeuble propre à l'un des époux, comme constituant un acquêt de communauté et non un propre de l'époux à qui appartenait la nue-propriété de l'immeuble. Mais la cour suprême, en confirmant la doctrine consacrée par la cour de Rouen, a décidé qu'on ne peut considérer l'achat d'un semblable usufruit comme un rachat de charges ou de services fonciers, à raison duquel la communauté n'aurait qu'un simple droit de récompense envers l'époux dont l'immeuble était grevé d'usufruit. *Civ. rej.*, 16 juillet 1845 (aff. Duchesne). V. dans ce sens MM. Proudhon, *De l'usufruit*, n° 2681, et Bugnet sur Pothier, *loc. cit.*, à la note précédente.

tard l'objet d'un examen particulier, sont détournés dans leur application. D'un côté, pourquoi l'acquisition, pendant le mariage, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, fait-elle, d'après l'art. 1408, un propre pour cet époux et non pas un conquêt? Parce que l'indivision qui existait avant le mariage ne faisait pas porter la propriété de l'époux sur une portion plutôt que sur l'autre, et qu'ainsi le partage ou la licitation n'a fait que réunir les diverses parties de l'immeuble et en opérer la confusion sur la même tête. D'un autre côté, pourquoi le rachat d'une charge dont un immeuble de l'un des époux était grevé ne donne-t-il lieu, selon l'art. 1437, qu'à une récompense en faveur de la communauté? C'est encore parce que ce rachat opère une confusion au profit de l'époux propriétaire, c'est parce que, par l'effet du rachat, il y a, en faveur de cet époux, extinction de charges qui ne peuvent plus revivre sans une concession nouvelle de sa part. Ainsi dans l'un et dans l'autre cas, la loi prend en considération ce fait remarquable que deux droits qui étaient séparés se trouvent nécessairement réunis, dans le premier cas, par l'effet du partage ou de la licitation, dans le second, par l'effet du rachat, sur une même tête, celle de l'époux propriétaire. Est-ce là ce que produit le rachat par la communauté de l'usufruit qui grevait l'immeuble de l'un des époux? Evidemment, non. En principe, l'usufruit est un démembrement de la propriété qui subsiste sans elle et indépendamment d'elle; l'usufruitier peut, aux termes de l'art. 594, céder son droit ou le vendre, et cela n'empêche pas le droit de résider encore sur la tête du vendeur qui en demeure titulaire, et de ne prendre fin qu'avec ce dernier ou à l'expiration du temps pour lequel il avait été constitué. Lors donc que la communauté rachète le droit d'usufruit dont était grevé l'immeuble de l'un des époux, elle n'opère pas en faveur de ce dernier l'extinction de l'usufruit, la réunion de cet usufruit à la nue-propriété; les droits de propriété et de jouissance demeurent encore séparés; l'un des époux reste saisi du premier, et les deux époux en tant que communs en biens ont acquis et doivent désormais détenir l'autre. Cela étant, la conclusion se déduit d'elle-même; l'usufruit étant un droit immobilier, et tout à fait indépendant, l'acquisition qui en est faite pendant le mariage le transmet à la communauté en vertu des règles générales d'après lesquelles la communauté se compose de tous les immeubles acquis pendant le mariage.

Par identité de raison, si à l'époque de la célébration du ma-

riage, l'un des époux possédait un droit d'usufruit portant sur un immeuble et par conséquent resté, par sa nature, en dehors de la communauté, et si la société conjugale acquiert la nue-propriété pendant le mariage, cette nue-propriété sera un conquêt de la communauté; car, dans ce cas, pas plus que dans le précédent, il n'y aura réunion de l'usufruit à la propriété : les époux, en tant que communs en biens, se trouveront aux lieu et place du nu-propriétaire dont ils auront acquis le droit, mais l'usufruit n'en demeurera pas moins fixé sur la tête de l'un des époux.

413. Il serait sans utilité d'insister davantage sur l'appréciation du titre susceptible de produire un conquêt; disons seulement en terminant sur ce point que les juges doivent se déterminer beaucoup moins par la dénomination qui a été donnée à l'acte que par le fond même des choses et par ce qui a été réellement fait. L'observation a de l'importance si l'on réfléchit que l'immeuble acquis, à l'un des époux, à titre gratuit, c'est-à-dire par donation ou par testament, ne tombe dans la communauté que tout autant que l'acte de libéralité attribue expressément la chose donnée à l'actif social (art. 1405), tandis que l'acquisition à titre onéreux, fait par elle-même, et sans qu'il soit besoin d'aucune précision, un conquêt de la communauté. On comprend d'après cela tout l'intérêt qu'il y a pour la communauté à ce qu'il soit fait une appréciation exacte des causes et de la nature des acquisitions immobilières. Ainsi, si un acte qualifié donation ne renfermait réellement pas de libéralité, l'immeuble dont il aurait transmis la propriété à l'un des époux serait un conquêt de la communauté, bien que le donateur ne s'en fût pas expressément expliqué. Nous placerions dans cette catégorie les immeubles cédés à l'un des conjoints par une autre personne qu'un ascendant (1), soit à la charge de payer les dettes du donateur, soit en payement de ce qui est dû par le donateur au donataire, si les immeubles donnés n'étaient que l'équivalent des dettes. Que si les charges de la donation étaient inférieures à la valeur des immeubles donnés, ces immeubles pourraient être considérés comme des propres pour l'époux donataire; car le principe qui fait exclure de la communauté une donation dont l'un des époux peut être l'objet pendant le mariage, à moins que le contrat n'exprime le contraire, reçoit son application non-seulement dans le cas

(1) Les immeubles ainsi cédés par un ascendant forment des propres aux termes de l'art. 1406, dont la disposition sera examinée à l'article suivant.

d'une donation pure et simple, mais encore, comme cela sera plus amplement expliqué, dans le cas d'une donation faite sous des charges plus ou moins onéreuses.

414. En principe, la communauté a droit, comme nous l'avons vu au numéro précédent, à tous les fruits produits par les immeubles propres de chacun des époux; c'est donc elle qui possède réellement les immeubles dont elle n'a pas la propriété. Ainsi, la communauté se trouve en possession, pendant sa durée, de tout immeuble qui existe parmi les biens des époux. Or, en droit, c'est une règle constante que le possesseur est réputé propriétaire tant que celui qui revendique ne prouve pas sa propriété. De là, l'article 1402 du Code civil, aux termes duquel « tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. » Ainsi, la présomption de la loi est en faveur de la communauté, et cela était de toute justice. Celui des deux époux qui prétendrait à la propriété exclusive de l'immeuble doit nécessairement justifier de son droit, en vertu de la règle *ei incumbit probatio qui dicit:* et si aucun d'eux n'en justifie, l'immeuble ne pouvant passer pour le propre ni de l'un ni de l'autre époux, ne saurait être considéré autrement que comme un conquêt de la communauté. Tel était le principe admis dans l'ancienne jurisprudence (1); le Code civil n'a fait que le reproduire et le confirmer.

415. Mais la présomption établie par l'art. 1402 ne doit pas être étendue. Elle s'applique seulement à l'immeuble existant en la possession des époux au moment où leur communauté est dissoute; elle ne saurait donc être appliquée à l'immeuble acquis par l'époux survivant depuis la dissolution de la communauté. Si, à l'occasion d'une telle acquisition, les héritiers de l'époux prédécédé prétendaient que l'acte d'acquisition se place par sa date à une époque contemporaine de la société conjugale, quelque puissante que soit la présomption de l'art. 1402 dans le cas que cet article prévoit, elle ne saurait suffire à cette prétention des héritiers: ils devraient nécessairement prouver leur allégation conformément aux règles du droit commun d'après lequel *actori incumbit onus probandi*. A défaut de cette preuve, l'immeuble que l'époux survivant prétendrait avoir acquis après

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 203; Renusson, *Des propres*, sect. IV et XIII; Tiraqueau, *De retractat.*, § 22, *gloss.* 91 et 92.

la dissolution de la communauté resterait la propriété de cet époux, sans que les héritiers du prédécédé y pussent rien prétendre (1).

416. Dans le cas même qu'il prévoit, l'art. 1402 ne crée pas une présomption absolue ; il consacre seulement en principe le droit du possesseur dans la supposition où il y aurait doute sur la propriété. Mais il admet la preuve contraire : conséquemment la présomption établie par la loi doit fléchir devant la preuve faite par l'un des époux de son droit privatif à un immeuble qui, à la dissolution de la communauté, se trouve confondu dans les choses communes. Et, non-seulement, la loi admet cette preuve, mais encore elle lui laisse, par son silence, tous les moyens de se produire. Ainsi, la preuve par témoins est admissible et suffisante ; car il s'agit d'un fait de possession. C'était un point reconnu sous l'ancienne jurisprudence. « Cette justification, dit Pothier (2), peut se faire non-seulement par titres, mais, à défaut de titres, par la seule preuve testimoniale..... Il serait dangereux de n'admettre d'autre preuve que celle qui résulte des titres, les titres pouvant se supprimer. » A plus forte raison, l'aveu de l'un des époux qu'un immeuble est un propre de son conjoint ferait-il preuve contre cet époux ou contre ses héritiers (3).

417. Mais quel serait précisément le fait à prouver par celui des époux qui réclamerait comme un propre l'immeuble qui se trouve parmi les biens communs à la dissolution de la communauté ? La disposition de l'art. 1402 est fort précise sur ce point ; elle répute tout immeuble acquêt de communauté, s'il n'est pas prouvé que « l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou de donation. » Ainsi, lorsque l'immeuble

(1) *Conf. req. rej.*, 14 février 1816 (aff. Arnout c. Delaizire). Dans cette espèce, il est vrai, l'époux survivant allait au devant de toute difficulté en prouvant que son acquisition était postérieure à la dissolution de la communauté. Mais la cour suprême n'en a pas moins, dans les motifs de son arrêt, consacré le principe que cette preuve n'était pas nécessaire de la part du survivant, et qu'au contraire il tombait à la charge des héritiers du prédécédé de prouver que l'immeuble prétendu acquis depuis la dissolution de la communauté avait été possédé par les époux pendant la durée du mariage.

(2) *De la communauté*, n° 203. — V. *Conf.* Valin, *Cout. de la Rochelle*, art. 46, § 2, n^os^ 64 et suiv. ; Duparc Poullain, *Principes du droit franç.*, t. V, n° 105.

(3) *Req. rej.*, 29 décembre 1836 (aff. Dagès).

revendiqué comme propre par l'un des époux a été acquis pendant le mariage, cet époux doit nécessairement justifier ou de son titre d'héritier ou de son titre de donataire. S'il ne justifie pas de l'un de ces titres, l'époux doit prouver qu'il a eu la propriété ou la possession légale avant le mariage. La propriété *ou* la possession! c'est donc à dire que la loi n'exige pas la preuve de la propriété et de la possession à la fois, mais la preuve de l'une ou de l'autre.

418. De là, une conséquence remarquable: c'est que si la preuve est faite d'un droit de propriété qui a existé sur l'immeuble dès avant le mariage, la présomption établie par l'article 1402 tombe, encore qu'il n'y ait pas eu de possession antérieure au mariage et même que le droit de propriété se soit réalisé seulement depuis la formation de la société conjugale.

Ainsi, les immeubles dont l'un des époux a obtenu la mise en possession après la célébration du mariage, sont des propres pour cet époux s'il prouve que la mise en possession a été obtenue en vertu d'une action immobilière qu'il avait avant le mariage. Tel serait, par exemple, le cas où des immeubles auraient été acquis avant le mariage sous une condition suspensive qui ne s'est réalisée que depuis le mariage, car toute condition accomplie ayant un effet rétroactif (art. 1179), l'immeuble est censé avoir appartenu à l'époux dès l'origine.

Tel est encore le cas où l'un des époux a acheté avant le mariage un immeuble dont il n'a été mis en possession que depuis. Déjà, sous l'ancienne jurisprudence, l'immeuble, dans ce cas, n'était pas un conquêt. « Je n'ai, à la vérité, disait Pothier (1), commencé à en devenir propriétaire que lorsque j'en ai été mis en possession, et par conséquent durant la communauté; mais le titre d'acquisition, qui est le contrat de la vente qui m'en a été faite, étant antérieur à mon mariage, l'héritage doit être propre de communauté. » Cela est encore plus évident aujourd'hui que la vente est parfaite sans tradition et par l'effet immédiat de la convention.

Tels sont aussi, en général, les cas où par l'effet de la rescision, de la résolution ou même du désistement volontaire d'une aliénation faite par l'un des époux avant le mariage, celui-ci recouvrerait la possession de son immeuble. Il en serait ainsi des immeubles que l'époux aurait donnés avant le mariage et qui lui reviendraient pendant la durée de la société conjugale par l'effet

(1) V. *De la communauté*, n° 157.

d'une cause révocatoire; ainsi encore des immeubles vendus avant le mariage avec faculté de rachat, dans le cas où ce rachat aurait été exercé pendant le mariage, etc...

419. D'ailleurs, l'application de la règle est indépendante de la validité des titres sur lesquels reposaient les droits de propriété dont l'époux établit l'existence avant le mariage. Quels qu'aient été les vices dont ces titres étaient entachés, la confirmation dont ils ont été l'objet pendant le mariage ne donne point aux immeubles le caractère de conquêts.

Ainsi, en supposant que l'époux ait acquis, avant le mariage, un immeuble à vil prix, et que le vendeur exerce, durant le mariage, l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, s'il arrive que l'époux, profitant de l'option qui lui est accordée par l'art. 1681, paye le supplément pour conserver l'immeuble, il y a là une confirmation pure et simple de la vente : l'immeuble restera un propre de communauté, parce que le titre d'acquisition n'est pas dans le payement du supplément, mais bien dans le contrat de vente qui avait précédé le mariage. C'est l'opinion de Pothier (1). Toutefois, ce même auteur enseigne ailleurs que si, au lieu d'opter pour le payement du supplément de prix, l'époux se détermine à délaisser l'immeuble en reprenant la somme qu'il avait payée, cette somme tombe dans la communauté parce que, dit-il, l'époux est censé n'avoir jamais été propriétaire, et qu'en vertu de la rescision il est censé avoir été seulement créancier pour la répétition de la somme, *condictione sine causâ*, comme l'ayant payée en vertu d'un contrat nul, en sorte que cette créance étant purement mobilière, elle est tombée dans la communauté (2). Pour notre part, nous maintenons le principe, même dans ce cas. L'époux avait titre et possession avant le mariage; ce titre et cette possession se rattachaient à un bien que sa nature même mettait en dehors de la communauté; en attribuer le prix à la communauté ce serait donc méconnaître l'intention des parties et en même temps leur donner un moyen assuré de frustrer à leur gré ou d'avantager la communauté en optant, suivant leur caprice, soit pour le délaissement de l'immeuble, soit pour le payement du supplément du prix. Tel est l'avis de M. Toullier (3) et de M. Bugnet : suivant la remarque de ce dernier, le raisonnement de Pothier est ici plus subtil que solide. En effet,

(1) V. *De la communauté*, n° 160.
(2) *Ibid.*, n° 598.
(3) T. XII, n° 189.

dit-il (1), « nous croyons qu'il est plus conforme à l'équité, et surtout à l'intention des parties, de décider que la somme qui est rendue au conjoint qu'on dépouille d'un immeuble, même par action en rescision, ne doit tomber en communauté qu'à la charge de récompense : il nous paraît que, dans les rapports de ce conjoint avec son époux, cette somme est incontestablement le prix d'un droit immobilier, car il était tel au moment du mariage (2). »

En vertu du même principe, si l'époux avait acheté d'un mineur, avant son mariage, l'immeuble par lui revendiqué comme propre, on lui opposerait en vain la ratification donnée pendant le mariage par ce mineur devenu majeur. En effet, le titre d'acquisition pour l'époux propriétaire n'est pas dans la ratification intervenue durant la communauté ; il est uniquement dans la vente faite avant le mariage par le mineur : la ratification donnée depuis n'a fait que confirmer cette vente. Il en faut dire autant du cas où la vente a été consentie sans autorisation par une femme mariée qui, devenue veuve ensuite, aurait ratifié cette vente pendant la durée du mariage contracté par l'acquéreur. Sous ce rapport, l'ancienne jurisprudence était contraire ; elle tenait pour nul d'une manière absolue, et par conséquent pour non susceptible de confirmation, l'acte d'aliénation fait par la femme non autorisée : par suite, tout en admettant que la confirmation donnée par un mineur dans le cas précédent n'enlevait pas à l'immeuble acquis par l'époux avant son mariage le caractère de propre, les auteurs décidaient que la confirmation donnée par la femme devenue veuve était le titre véritable de l'acquisition, titre qui étant intervenu pendant le mariage de l'acquéreur, avait pour effet de faire un conquêt de communauté. Aujourd'hui, en présence des dispositions qui placent sur la même ligne les mineurs et les femmes mariées, quant à la capacité de contracter, et qui considèrent comme entachés d'une nullité purement relative les actes faits par les uns et par les autres au mépris de la loi (art. 1124 et 1125), on doit raisonner sur la nullité résultant du défaut d'autorisation comme sur la nullité résultant de la minorité.

(1) V. les notes sur Pothier, *loc. cit.*

(2) *Quid*, dans l'hypothèse inverse, du supplément du juste prix payé à l'un des époux, pendant le mariage, par l'acquéreur d'un immeuble que cet époux aurait vendu à vil prix avant de se marier ? La question est examinée *infrà*, n° 433.

De même encore, si un des époux revendiquait comme propre un immeuble acheté par lui avant son mariage, d'un tiers qui le lui aurait vendu au nom et comme se faisant fort du propriétaire de qui ce tiers n'avait pas mandat, on lui opposerait en vain la circonstance que la vente n'a été ratifiée par le propriétaire que pendant la durée de la communauté. L'immeuble n'en est pas moins un propre, car c'est la vente faite avant le mariage qui est le titre véritable de l'acquisition : la ratification intervenue depuis n'a fait que confirmer la vente ; car, en ratifiant ce qui avait été fait en son nom, le propriétaire est censé avoir agi lui-même suivant la règle d'après laquelle *ratihabitio mandato comparatur*. — Toutefois, cette solution ne devrait pas être suivie d'une manière absolue dans le cas où la vente aurait été faite par le tiers en son propre nom et comme si l'immeuble lui avait appartenu. Alors il faudrait distinguer : ou bien le consentement donné par le véritable propriétaire pendant la durée de la communauté dans laquelle l'acquéreur s'est engagé, a eu pour effet de permettre à l'acquéreur de conserver la propriété, sauf à lui, propriétaire, à répéter contre le tiers le prix payé à ce dernier ; ou bien le propriétaire a exigé de l'acquéreur un nouveau prix égal à celui qui avait été payé ou différent. Dans le premier cas, l'immeuble serait encore un propre, parce que le propriétaire n'ayant fait que consentir à l'exécution de la première vente, l'époux aurait continué de posséder en vertu de cette vente. Mais dans le second cas, l'immeuble serait un conquêt, car, dit très-bien Pothier, la convention intervenue entre l'acquéreur et le propriétaire véritable « n'est pas une confirmation de la vente qui aurait été faite, c'est une nouvelle vente que le propriétaire fait de son héritage. C'est cette nouvelle vente qui est le titre d'acquisition, et non celle qui avait été faite avant le mariage, puisque ce n'est qu'en vertu de cette nouvelle vente et nullement en vertu de l'autre que la propriété de l'héritage a été acquise. Cet héritage est donc conquêt puisque le titre d'acquisition est du temps de la communauté (1). »

Enfin, si dans le cas d'une vente faite à l'un des époux, avant son mariage, par une personne qui s'est présentée comme propriétaire, il arrive qu'un tiers, depuis la célébration du mariage, vienne revendiquer la propriété, et que sans attendre l'issue du

(1) V. *De la communauté*, nos 162 et 163. — V. cependant, en sens contraire, même dans cette dernière hypothèse, MM. Toulier, t. XII, no 177, et Battur, t. I, no 205.

débat, ce tiers se désiste de sa demande au moyen d'une somme d'argent que l'époux acquéreur lui a payé; il y a là une transaction par suite de laquelle l'époux acquéreur reste en possession de la chose qu'il avait acquise. Mais cette transaction, en principe, est-elle le titre de son acquisition ? Non : car la transaction a laissé la question de propriété incertaine ; en sorte que celui qui avait consenti la première vente étant, par suite de la possession qu'il avait, réputé propriétaire tant que le contraire n'était pas justifié, il a été censé par cela même avoir transféré la propriété par la vente qu'il avait consentie. C'est donc cette vente qui a été le titre de l'acquisition et nullement la transaction intervenue ensuite, transaction dont l'effet unique a été de procurer à l'époux acquéreur le désistement d'une action dirigée contre lui. Telle est la solution en principe : mais les circonstances y pourraient apporter des modifications notables. Nous croyons, par exemple, que si le prix attaché à la transaction était égal à la valeur même de l'immeuble ou bien peu différent, ce serait une raison grave de supposer que l'acte est une vente dissimulée sous le nom de transaction; et cela pourrait faire décider que l'immeuble revendiqué comme propre par l'un des époux, est un conquêt de la communauté. — Il appartient donc aux juges de rechercher avec soin quelle a été l'intention réelle des parties, afin de se déterminer d'après cette intention : y a-t-il eu transaction, la présomption de l'art. 1402 fléchit; y a-t-il eu vente, la présomption reste entière.

430. La preuve de la possession antérieure au mariage suffit aussi, comme nous l'avons dit, pour faire tomber la présomption de conquêt établie par l'art. 1402. Mais il faut que la possession ait été exercée par le possesseur à titre de *propriétaire*. Toutefois la loi présente un sens plus étendu dans son expression ; car elle subordonne la présomption de conquêt par elle établie à la preuve d'une possession *légale*. Mais on comprend qu'un époux qui aurait acquis des immeubles pendant le mariage, les revendiquerait en vain comme propres, en se fondant sur la possession qu'il en aurait eue avant le mariage, soit comme usufruitier, soit comme créancier à antichrèse. La possession de l'usufruitier et celle du créancier à antichrèse sont des possessions *légales* sans doute, puisqu'elles n'ont rien qui ne soit parfaitement conforme à la loi, mais elles ne permettent pas de supposer la qualité de propriétaire dans la personne du possesseur; elles sont, au contraire, exclusives de cette qualité : en sorte que les immeubles possédés à ce titre avant le mariage venant à être acquis par l'époux de-

puis le mariage contracté, ces immeubles sont manifestement des conquêts, puisque l'acquisition à titre de propriété se place à une époque contemporaine de la société conjugale. C'est donc d'une possession, de nature à servir de base à la prescription, que l'art. 1402 a entendu parler : celle-là seule, lorsqu'elle a précédé le mariage, est susceptible de faire fléchir, en faveur de l'époux qui l'a exercée, la présomption établie par cet article.

421. Toutefois, il est sans importance que la possession antérieure au mariage ait atteint ou non la durée d'une année. L'art. 23 du Code de procédure, qui n'admet l'action possessoire que de la part de ceux qui sont en possession depuis une année au moins, n'est ici d'aucune considération. L'époux qui, sur le fondement d'une possession antérieure à son mariage, revendique un immeuble comme propre, n'a qu'une chose à démontrer contre la présomption de l'art. 1402 : c'est qu'il a possédé comme propriétaire avant le mariage. Cette preuve une fois faite, sa réclamation ne peut qu'être accueillie. Pourquoi? parce que la détention, si peu de temps qu'elle ait duré avant le mariage, est évidemment exclusive de l'idée que l'acquisition ait été faite pendant la communauté; et qu'ainsi, le fait même détruit la présomption de conquêt établie par l'art. 1402.

422. D'après cela, lorsque l'un des époux établit qu'il possédait un immeuble à l'époque du mariage, cet immeuble lui reste propre, bien que la prescription ne se soit accomplie que pendant la durée de la communauté. La prescription a un effet rétroactif qui fait considérer cet époux non pas comme devenu propriétaire au moment où la prescription s'est accomplie, mais comme l'ayant été à l'origine de la possession : et vainement on opposerait que la communauté ayant continué la possession, c'est en sa faveur que la prescription s'est accomplie; il est évident, par ce qui précède, que la communauté n'a continué la possession que pour l'époux qui l'avait commencée et au nom de ce dernier (1).

423. Du reste, la possession même sans titre suffirait pour

(1) C'est aussi l'avis exprimé par Pothier. « Lorsque j'ai commencé, avant mon mariage, dit-il, de posséder sans titre un héritage, quoique j'en sois devenu propriétaire durant la communauté, par l'accomplissement du temps de la prescription, qui s'est accompli durant la communauté, l'héritage sera propre de communauté; car ma possession, qui est la cause de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage, ayant commencé avant mon mariage, la cause d'acquisition a précédé le temps de la communauté, et par conséquent l'héritage est un propre de communauté. » V. *De la communauté*, n° 137.

constituer un propre, si elle s'était prolongée assez de temps pour opérer la prescription. L'époux qui revendiquerait un immeuble comme l'ayant prescrit, n'aurait donc, pour faire cesser la présomption de l'art. 1402, qu'à justifier de sa possession antérieure au mariage ; il n'aurait pas à justifier d'un titre.

424. Que si l'époux avait un titre servant de base à cette possession, il y aurait plus de raison encore pour le décider de même, quelque irrégulier que fût le titre, dès que la prescription serait accomplie, et cela quand même le titre, irrégulier dans son principe, aurait été régularisé ou confirmé pendant le mariage (1). Ici s'appliquent, en général, les observations que nous avons présentées *suprà*, n. 419.

425. Mais si le titre était radicalement nul, si la nullité n'était pas couverte par une ratification soit expresse soit tacite, et si l'immeuble n'était maintenu entre les mains de l'époux qui le possédait avant le mariage que par un nouvel acte passé depuis la célébration du mariage, nous ne pensons pas que la preuve de la possession antérieure au mariage pût suffire contre la présomption de l'art. 1402. Tel était l'avis des anciens auteurs. Toutefois, la doctrine contraire a été mise en avant par M. Toullier (2), qui se fonde particulièrement sur ce que l'art. 1402 serait introductif d'un droit nouveau, l'ancienne jurisprudence n'ayant suivi pour règle d'exclusion que le droit de propriété, et n'ayant irrévocablement exclu que les immeubles dont l'un des conjoints était propriétaire avant le mariage.

Inexacte dans son point de départ, cette doctrine de M. Toullier ne peut pas être admise non plus dans ses déductions. Il est certain d'abord que le principe posé dans l'art. 1402, loin de consacrer une innovation législative, n'est rien qu'un emprunt fait à l'ancien droit. Tous les auteurs reconnaissaient en effet que

(1) La cour de cassation est allée même jusqu'à décider que lorsqu'il s'agit de déterminer entre mari et femme ce qui est propre d'origine ou par remploi et ce qui est bien de communauté, il faut réputer propres tous les biens dont l'un des époux avait en se mariant titre apparent et possession légale, encore même qu'un événement ultérieur, un jugement intervenu entre cet époux et les enfants d'un précédent mariage, vienne établir ensuite que ces mêmes biens appartenaient réellement à ces derniers. *Civ. cass.*, 4 mai 1825 (aff. Rousseaux). *Adde Req. rej.*, 23 novembre 1826 (aff. Fresnais). La cour suprême a pensé que le jugement qui est venu détruire le titre apparent de l'époux qui avait possédé avant son mariage était étranger au conjoint de cet époux, et par suite que ce conjoint aurait excipé du droit d'autrui s'il avait pu invoquer de ce jugement pour faire prévaloir la présomption de l'art. 1402.

(2) V. t. XII, nos 173 et suiv.

la possession antérieure au mariage était parfaitement susceptible de fonder un propre de communauté ; nous n'en voulons pour preuve que les divers passages que nous avons déjà empruntés à Pothier (1), qui dans le Traité de la communauté, résume si parfaitement le dernier état de la jurisprudence française au moment où le Code civil a été rédigé. Aussi tous les auteurs et la cour de cassation elle-même (2) admettent-ils que, dans le point qui nous occupe, la loi nouvelle n'a fait que reproduire l'ancienne législation. Cela étant, l'opinion des anciens jurisconsultes subsiste dans toute sa force ; et cette opinion, au fond, ne peut qu'être approuvée.

Encore une fois, c'est une détention exercée par le possesseur à titre de propriétaire, qui est exigée par la loi pour constituer un propre en faveur de l'époux qui a possédé avant le mariage. Cette possession est donc exigée non pas comme établissant un droit par elle-même, mais comme fondant une présomption de propriété exclusive, présomption capable de résister à une présomption de propriété commune, à la présomption que sanctionne l'art. 1402 du Code civil. Mais la présomption dont la possession est le principe tombe devant le fait, lorsqu'un *droit contraire se produit*, lorsque ce droit est consacré, lorsqu'il est reconnu par l'époux possesseur lui-même ; alors le caractère de propriété s'efface avec la propriété elle-même, et l'époux qui ne pourrait pas retenir l'immeuble ne pourrait pas davantage prétendre à ce que cet immeuble lui fût attribué comme propre. Son titre, radicalement nul, prouve que la possession était précaire ; en sorte que l'acquisition a pris sa source dans le nouvel acte passé entre lui et le propriétaire véritable. Or, ce nouvel acte ayant été consenti pendant la durée de la communauté, l'immeuble est par cela même un conquêt d'après le principe qui attribue à la communauté les acquisitions immobilières faites pendant sa durée.

(1) V. *suprà*, n. 418, et 422, à la note. V. aussi Ferrière, sur l'art. 220, *Gloss.* 3, n° 37.

(2) On lit, en effet, dans l'arrêt du 4 mai 1825, cité dans l'une des notes précédentes : « Attendu qu'après avoir établi dans l'art. 1401, que la communauté se compose de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage, et dans l'art. 1402, que tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé,... le Code civil dit, à l'art. 1404, que les immeubles que les époux *possèdent* au jour de la célébration du mariage... n'entrent point en communauté ; que ces dispositions du Code *ne font que reproduire et consacrer les anciens principes sur ce qui compose la communauté conjugale, ou en est exclu en fait d'immeubles...* »

ART. II. — *Des biens propres des époux.*

426. Division.

426. On sait que si la communauté légale forme entre les époux une société universelle, c'est en ce sens seulement qu'elle détient pendant sa durée tous les biens des associés et que seule elle a la jouissance entière de tous. Cependant, il n'en est pas de la propriété comme de cette jouissance : la propriété ne se confond pas toujours avec le fonds commun; certains biens, au contraire, en sont formellement exclus par la loi, d'autres peuvent en être exclus par la volonté de ceux qui les transmettent à l'un des époux. Ainsi donc, à côté de cette masse commune dont nous avons indiqué la composition dans l'article précédent, il se forme ou peut se former, dans toute communauté légale, un patrimoine propre à chacun des époux, patrimoine qui a son existence, ses obligations et ses droits distincts. C'est de ce patrimoine que nous nous proposons ici de fixer les divers éléments.

De même que la masse commune, ce patrimoine se compose ou peut se composer de meubles ou de choses mobilières et d'immeubles ou de valeurs immobilières. Ces choses ou valeurs diverses demeurent propres aux époux d'après des règles différentes; il est donc important de les distinguer. Ainsi, nous parlerons successivement des propres mobiliers et des propres immobiliers.

N° 1. — *Des propres mobiliers.*

Sommaire.

427. Diverses causes de propres mobiliers; on peut les ramener toutes à trois formules principales.

428. 1° Sont propres mobiliers toutes les fractions détachées d'un propre des époux sans en être les fruits. — Renvoi.

429. 2° Sont propres mobiliers les meubles ou valeurs mobilières substituées durant la communauté à un propre de l'un des conjoints.

430. D'après cela, la créance du prix d'un immeuble appartenant à l'un des époux est un propre pour cet époux.

431. Il en est ainsi de la soulte ou retour d'un partage d'une succession purement immobilière lorsque la succession est échue et a été partagée durant le mariage;

432. Et de la soulte payée à l'un des époux dans le cas d'échange d'un immeuble à lui appartenant contre un immeuble de moindre valeur;

433. Et du supplément de juste prix que l'acquéreur d'un immeuble propre à l'un des époux se décide à payer pour conserver l'immeuble, si la vente a été l'objet d'une demande en rescision pour cause de lésion.

434. *Quid* dans l'hypothèse inverse où un immeuble ayant été acheté à vil prix avant le mariage par l'un des époux, celui-ci, sur la demande en rescision, rend l'immeuble et reprend le prix qu'il avait payé? Ce prix demeure propre à l'époux. — Renvoi.

435. 3° Sont propres mobiliers les meubles ou les valeurs mobilières qui ont été donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse que l'objet du legs ou de la donation n'entrera pas en communauté.

436. Mais il faut que l'intention du donateur ou du testateur ne soit pas équivoque.

437. Lorsque la donation est faite par un ascendant, et que le donataire est réservataire, la clause d'exclusion est-elle valable pour le tout?

427. En principe, la communauté légale a pour effet de faire tomber dans l'actif toute la fortune mobilière des époux, aussi bien celle qu'ils possèdent au jour du mariage que celle qui leur échoit par la suite. Toutefois, *si large qu'elle soit*, cette règle, dont nous avons présenté le développement et parcouru les applications sous le numéro premier de l'article précédent, reçoit certaines exceptions. Il existe, en effet, même relativement aux meubles des époux, plusieurs causes de propres. On peut les *comprendre* toutes dans trois formules principales, et dire : sont propres mobiliers, 1° toutes les fractions détachées d'un propre, lorsque ces fractions n'ont pas le caractère de fruits; 2° toutes les choses mobilières qui sont substituées durant la communauté à un propre de l'un des conjoints; 3° enfin tous les meubles ou les valeurs mobilières qui ont été donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse que l'objet du legs ou de la donation n'entrera pas dans la communauté. Chacune de ces formules comporte des développements particuliers.

428. Nous n'insisterons pas sur la première, ou plutôt nous n'y reviendrons pas, car nous avons déjà présenté les observations dont elle est susceptible. En effet, la règle d'après laquelle toutes les fractions d'un propre sont elles-mêmes des propres pour l'époux propriétaire, lorsque ces fractions n'ont pas le caractère de fruits, a trait particulièrement aux produits des mines et des carrières et aux coupes de bois. Mais pour ne pas scinder une matière que la division aurait obscurcie peut-être, nous avons dit, en traitant des fruits, d'après quelles règles ces pro-

duits et ces coupes doivent être distribués, dans quelles circonstances ils entrent dans l'actif de la communauté et dans quelles circonstances ils en sont exclus. Nous nous bornons donc ici à renvoyer le lecteur à nos observations sur ce point (1), et nous passons immédiatement à la deuxième formule.

429. Les meubles ou les valeurs mobilières substituées pendant la communauté à un propre de l'un des conjoints, sont eux-mêmes des propres. La communauté ne saurait s'enrichir, en effet, de la valeur représentative d'une chose originairement exclue de l'actif, et acquérir, contre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, des droits de propriété sur une valeur qui était exclusivement dans le patrimoine de l'un des associés. Disons de plus que la règle contraire laisserait à la libre disposition des époux un moyen trop facile de s'avantager au préjudice de leurs héritiers respectifs.

430. D'après cela, s'il a été vendu, pendant la durée de la communauté, un immeuble possédé par l'un des époux au moment du mariage et qui par ce motif ne s'est pas confondu dans l'actif, bien que la créance du prix de cet immeuble soit purement mobilière, elle n'en reste pas moins en dehors de la communauté. En effet, cette créance se trouve substituée à la propriété immobilière qui appartenait privativement à l'un des époux; elle tient donc lieu de cette propriété à cet époux; partant elle profite du bénéfice de l'exclusion en vertu de laquelle la propriété même était séparée de la masse commune (2). En conséquence, si le prix est versé dans la communauté, le conjoint propriétaire aura plus tard à en exercer la reprise d'après les règles qui seront ultérieurement exposées.

Bien entendu, l'époux originairement propriétaire de l'immeuble court seul le risque de l'insolvabilité de l'acquéreur tant que le prix de l'immeuble n'est pas payé: cet époux et non point la communauté est le créancier véritable. Toutefois, la communauté devient réellement débitrice du prix lorsqu'elle l'a touché ou lorsqu'il y a novation de la créance produite par la vente. Sous cette réserve, la communauté doit, en principe, être

(1) V. *suprà*, nos 392 et suiv.

(2) C'est ce que la cour de Nancy a formellement jugé à l'occasion du prix de la vente d'un immeuble appartenant privativement à la femme; et la cour a conclu de cette règle que le créancier personnel du mari ne peut saisir-arrêter le prix entre les mains des acquéreurs pour obtenir payement de la créance. Arrêt du 7 février 1840 (aff. Aubel c. Perrin). V. dans le même sens, Nancy, 3 mars 1837 (aff. Beugnot).

considérée comme complétement étrangère à ce qui s'est passé entre l'époux originairement propriétaire de l'immeuble et l'acquéreur auquel cet immeuble a été vendu (1).

431. La même règle sert à résoudre une question que nous avons réservée (2). Nous avons vu déjà que la créance d'une somme d'argent due à l'un des conjoints pour la soulte ou le retour de partage d'une succession purement immobilière échue et partagée avant le mariage, appartient à la communauté, parce qu'au moment du mariage il est vrai de dire que le conjoint n'avait plus de part dans les immeubles échus à ses co-héritiers et que seulement il avait droit à une somme d'argent purement mobilière. La question est maintenant de savoir si la même solution doit être suivie lorsqu'il s'agit d'une succession immobilière échue et partagée durant la communauté. Dans l'ancien droit, Bourjon semble s'être prononcé pour l'affirmative; cet auteur du moins a soutenu d'une manière générale que le partage ayant un effet rétroactif, l'époux héritier était censé avoir succédé directement aux seuls immeubles échus dans son lot et au retour en deniers dont ses co-héritiers étaient chargés envers lui; et que ce retour en deniers étant en soi un effet mobilier et ne pouvant lui tenir lieu d'aucuns immeubles, devait tomber dans la communauté. Mais, appliquée au partage d'une succession exclusivement immobilière échue et partagée durant la communauté, cette doctrine était généralement contredite. Les annotateurs de Bourjon (3) la repoussaient formellement; Renusson émettait aussi un avis contraire (4); cet avis était celui de Lebrun (5); et enfin Pothier (6) s'est prononcé dans le même sens par des considérations décisives. « *Le retour, disait-il, n'est* pas un simple effet mobilier de la succession auquel on puisse dire que le conjoint a succédé. On ne peut pas dire que ce soit un effet de la succession, puisque la succession était toute immobilière, et que ce n'est pas dans la bourse de la succession, mais dans la bourse particulière du co-héritier qui en est chargé, que doit se prendre ce retour. Ce retour en deniers dont son co-*héritier* est chargé envers lui par le partage, doit donc passer

(1) V. M. Bugnet, sur Pothier, *De la communauté*, n° 99.

(2) V. *suprà*, n. 330, à la note, où le lecteur a certainement substitué le mot *pendant* au mot *avant*, imprimé par erreur.

(3) V. *Droit commun de la France*, tit. X, II^e part., ch. III, note sur le n° 7.

(4) *Traité de la communauté*, I^re part., ch. III, n° 16.

(5) *Ibid.*, liv. I, ch. V, sect. I, dist. 1, n° 11.

(6) *De la communauté*, n° 100.

pour une créance contre son co-héritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé, puisqu'elle lui tient lieu de ce qui manquait à son lot pour parfaire sa part et son droit à une succession immobilière. Cette créance lui est provenue, durant le mariage, du droit qu'il avait à une succession immobilière, et par conséquent d'un droit immobilier: elle doit donc, quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue de la communauté. »

Il en doit être de même aujourd'hui. Cette hypothèse ne diffère pas, en effet, de celle où l'immeuble propre de l'un des conjoints a été vendu pendant le mariage. Dans ce cas, nous venons de le voir, la créance du prix, quoique mobilière, ne tombe pas dans la communauté. La créance d'une somme due à l'un des époux pour le retour d'un partage de succession immobilière n'y doit pas tomber davantage. Pourquoi ? parce que dans ce dernier cas comme dans le premier, la créance se trouve substituée durant le mariage à des immeubles échus par succession, c'est-à-dire à des objets exclus par leur nature de la communauté : il y a donc là une cause de propres en vertu de la formule générale que nous avons indiquée.

Toutefois, s'il y a une cause de propres, c'est parce que la succession étant purement immobilière dans notre supposition, il n'a pu échoir que des immeubles au conjoint héritier. Ce serait tout autre chose, si la succession étant en partie mobilière et en partie immobilière, l'héritier avait reçu des meubles et des immeubles dans une proportion inégale, ou même s'il avait été rempli de toute sa part dans la succession en meubles seulement ou seulement en immeubles. Les droits de la communauté, dans cette hypothèse, seraient réglés d'après le principe qui attribue au partage un caractère purement déclaratif. Ce point a été déjà l'objet d'une discussion à laquelle nous renvoyons le lecteur (1).

432. D'après les mêmes principes, si un immeuble, appartenant en propre à l'un des époux, est échangé pendant le mariage, et si cet immeuble étant d'une valeur supérieure à celle de l'immeuble reçu en contre-échange, une soulte est payée pour compenser la différence, cette soulte ne tombe pas dans la communauté; substituée jusqu'à concurrence à un propre, elle est propre elle-même aussi bien et au même titre que l'immeuble reçu en contre-échange par l'époux originairement proprié-

(1) V. *suprà*, n° 356.

taire de l'immeuble échangé. Cela ne paraît susceptible d'aucune difficulté.

433. Mais que faut-il décider par rapport au supplément du juste prix que l'acquéreur d'un immeuble propre à l'un des époux se déciderait à payer pour conserver son acquisition, si la vente était l'objet d'une demande en rescision pour cause de lésion? La question est complexe : elle est essentiellement liée, à notre avis, au point de savoir quelle est précisément la nature de l'action en rescision. Cette action est-elle mobilière ou bien est-elle immobilière? A cet égard, la doctrine des anciens jurisconsultes offre quelques divergences. Les uns, considérant l'obligation de l'acquéreur comme alternative, pensaient que l'action était mobilière ou immobilière, suivant que l'acquéreur se déterminait à payer le supplément du juste prix pour conserver l'immeuble, ou à rendre cet immeuble en reprenant ce qu'il avait payé. Tel était notamment l'avis de Despeisses (1). Toutefois, cette opinion ne prévalait pas. On tenait plus généralement que l'obligation de l'acheteur consistait particulièrement et même uniquement à restituer l'immeuble, le payement du supplément du juste prix étant seulement un moyen que l'acquéreur était libre de prendre pour se racheter de son obligation. Cette opinion était présentée par Fachin comme résultant des termes mêmes de la loi 2, C. *De rescind. vind.* (2), où est le principe et l'origine de l'action en rescision telle qu'elle existe aujourd'hui. Il disait, en effet : « *Illa verba*, si emptor elegerit, *expressè indicant*, *illud in electione emptoris esse*, *et sic in facultate solvendi* (3). » Dumoulin n'était pas moins explicite. « *Sola rescisio et restitutio*, disait-il, *est in obligatione; suppletio autem pretii in facultate quæ non est in consideratione* (4). » Enfin Pothier, après bien d'autres encore, s'était expliqué dans le même sens. « ..... L'obligation de l'acheteur, disait-il, n'est que d'une seule chose; savoir, de la restitution de l'héritage; il n'est en aucune manière débiteur du supplément du juste prix, ne s'étant jamais obligé qu'au prix porté par

(1) V. t. I, part. 1re, tit. 1er, sect. IV, n° 5. V. aussi les autorités citées par *Brunemann*, *ad. l.* 2, C. *De resc. vend.*

(2) Cette loi est ainsi conçue : Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit : humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate judicis intercedente : vel *si emptor elegerit*, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit.

(3) V. lib. II, cap. XVIII.

(4) *Sur la cout. de Paris*, § 33, glos. 1, n° 44.

son contrat et à rien de plus. Le choix que la loi lui donne de payer le supplément du juste prix n'est qu'une faculté qu'elle lui donne de se rédimer de l'obligation de rendre l'héritage par le payement de ce supplément. Ce supplément n'est que *in facultate solutionis et luitionis*, il n'est pas *in obligatione*.... (1) » D'après cela, l'opinion qui avait prévalu présentait l'action en rescision comme purement immobilière.

C'est aussi le caractère qu'il convient de lui assigner sous l'empire du Code civil. Le but de l'action en rescision et ses effets ne diffèrent pas, dans les principes de la loi nouvelle, de ce qu'ils étaient sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. L'art. 1674 fait aussi de la rescision, dans le cas de lésion de plus des sept douzièmes, l'objet direct et principal de l'action, le seul même auquel puisse conclure le demandeur en rescision. Si l'art. 1681 permet ensuite à l'acquéreur de payer le supplément du juste prix, c'est une simple faculté qu'il accorde à ce dernier pour se dispenser de rendre la chose ; car ce payement ne peut être fait par l'acquéreur, d'après les termes mêmes de la loi, qu'*après que l'action en rescision est admise*, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur est déjà condamné à rendre la chose par lui achetée (2). Ainsi, la maxime de Dumoulin est encore pleine de force aujourd'hui. *Sola rescisio et restitutio*, peut-on dire encore, *est in obligatione; suppletio autem pretii in facultate, quæ non est in consideratione.* Aussi les auteurs ont-ils proclamé sans aucune difficulté le caractère purement immobilier de l'action en rescision (3). La conséquence qui s'induit de là, c'est que si avant son mariage

(1) *Traité de la vente*, n° 349.

(2) C'est en vain que la cour de cassation, en se fondant sur ce que l'action en rescision, ayant essentiellement pour fin le supplément du juste prix, est mobilière par cela même, a décidé, dans une circonstance, que cette action peut être exercée par le mari sans le concours de sa femme (*Req. rej.*, 23 prair. an XII, aff. Dubout) ; et dans une autre, que cette action n'est pas susceptible d'expropriation forcée (*Req. rej.*, 14 mai 1806, aff. Fabre). Le point de départ de la cour dans ces deux circonstances est en opposition manifeste avec la pensée de la loi. Aussi ces arrêts ont-ils été généralement critiqués. V. les autorités citées à la note suivante.

(3) V. MM. Delvincourt, t. III, notes, p. 167; Toullier, t. VII, n° 551, et t. XII, n° 186; Duranton, t. XIV, n° 114, et t. XVI, n° 460; Troplong, *De la vente*, t. II, n°s 808, 825, 837 et 840; Duvergier, *De la vente*, t. II, n°s 114 et 115; Dalloz, t. X, p. 185, n°s 41 et suiv.; Glandaz, *Encyc.* v° *Comm. conj.*, n° 86. — M. Taulier, t. V, p. 43-44, est le seul auteur qui, à notre connaissance, ait adopté, sous l'empire du Code civil, l'opinion soutenue par Despeisses, sous l'ancienne jurisprudence.

l'un des époux a vendu un immeuble au-dessous des sept douzièmes de sa juste valeur, cet époux a une action qui, en raison de sa nature immobilière, n'entre pas dans la communauté; car l'actif social ne prend d'immeubles que ceux qui sont acquis pendant le mariage : en sorte que si cette action mise en exercice procure la rentrée de l'immeuble, cet immeuble, comme l'action qu'il représente, est un propre pour l'époux qui en était en possession avant le mariage.

Arrivant maintenant à la question proposée, nous disons que de même que l'immeuble, s'il eût été rendu, aurait été un propre pour l'époux propriétaire, de même aussi le supplément payé par l'acquéreur pour conserver la propriété, appartient exclusivement à cet époux : en sorte que si ce supplément est versé dans la communauté, l'époux en devient créancier et peut, à la dissolution de la société conjugale, exercer la reprise. « Cette somme, dit très-bien Pothier (1), *est le prix du rachat de l'action* rescisoire que ce conjoint avait contre l'acheteur et par conséquent le prix du rachat d'un propre; car cette action rescisoire était un droit immobilier qui appartenait à ce conjoint dès avant son mariage et par conséquent un propre immobilier. » M. Del*vincourt*, *tout en admettant* que l'action en rescision est purement immobilière, est cependant, sur le point dont il s'agit ici, d'un avis contraire au nôtre. Cet auteur se fonde sur ce que l'acquéreur qui paye le supplément ne fait pas une acquisition nouvelle, que c'est l'ancienne qui est maintenue, et qu'ainsi le supplément peut et doit être regardé comme le restant du prix qui est encore dû par l'acquéreur. Mais cette objection se détruit d'elle-même dès que M. Delvincourt reconnaît, avec tous les auteurs, que le supplément du prix représente l'action en rescision, c'est-à-dire un droit immobilier dans la personne du vendeur.

434. Supposons maintenant le cas inverse, celui où l'un des époux a acheté un immeuble à vil prix avant son mariage. S'il arrive qu'une action en rescision soit formée par le vendeur durant le mariage et que cette action étant admise, l'époux rende l'immeuble et reprenne le prix qu'il en avait payé, ce prix est la représentation d'un droit immobilier; à ce titre, il est propre à l'époux, car il rentre parfaitement dans notre seconde formule. C'est un point que nous avons essayé d'établir contre la doctrine de Pothier (2).

(1) *De la communauté*, n° 398.
(2) V. *suprà*, n° 419.

Nous ne saurions insister davantage sur cette formule; les hypothèses déjà parcourues en précisent suffisamment la portée.

435. Selon la dernière des formules ci-dessus indiquées, « sont propres immobiliers tous les meubles ou les valeurs mobilières qui ont été donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse que l'objet du legs ou de la donation n'entrera pas dans la communauté. » A cet égard, la règle est formulée dans l'art. 1401 du Code civil, dont le n° 1, après avoir dit que la communauté se compose activement..... de tout le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, ajoute ces mots : « Si le donateur n'a exprimé le contraire. » La loi, comme on le voit, ne parle que du donateur; mais la disposition est tout naturellement applicable au testateur : la raison de décider est évidemment la même. Dans l'un et dans l'autre cas il est juste que celui qui donne puisse apposer à sa libéralité les conditions ou les restrictions que bon lui semble.

La communauté, d'ailleurs, n'a pas à se plaindre de la limitation faite par le donateur ou par le testateur : celui-ci pouvait, en effet, ne pas donner, et peut-être eût-il pris ce parti s'il n'eût pas été libre de ne gratifier que l'époux, objet personnel de son affection. Dans ce cas, la communauté elle-même aurait été privée, puisqu'elle aurait manqué d'acquérir non-seulement la propriété, mais encore ce droit de jouissance qui lui est accordé toujours sur tout ce qui appartient en propre à l'un ou à l'autre des époux.

436. Mais, pour que des choses qui, par leur nature, doivent tomber dans la communauté, en demeurent exclues par l'effet d'une volonté étrangère, il faut que cette volonté ne soit pas douteuse. La loi paraît même prescrire que cette volonté soit *formellement exprimée*. Nous ne croyons pas cependant qu'on doive aller jusqu'à exiger cette manifestation expresse; elle peut être suppléée par des équivalents, et par exemple elle résulterait inévitablement de la déclaration que les meubles ou valeurs mobilières donnés ou légués à l'un des époux lui sont attribués *à la charge de lui être propres* (1). Mais nous ne pensons pas que l'exclusion résultât suffisamment de ce que les meubles ou les valeurs mobilières auraient été donnés avec charge de restitution dans le cas où cette charge peut avoir lieu. Ces meubles ou ces valeurs tomberaient alors dans la communauté; mais nous en

(1) *Conf.* Pothier, *De la communauté*, n° 102.

avons déjà fait la remarque (1), ils y tomberaient avec la charge dont ils seraient grevés.

Dans tous les cas, il faut que la volonté du donateur ou du testateur ne soit pas équivoque pour que les meubles ou les valeurs mobilières puissent demeurer propres à l'époux donataire ou légataire. A défaut d'une déclaration qui consacre cette exclusion de la communauté d'une manière expresse ou au moins virtuelle, les époux ne pourraient pas en convenir eux-mêmes : la chose donnée ou léguée tomberait dans la communauté en vertu des principes généraux ; les époux qui d'un commun accord attribueraient à l'époux donataire ou légataire la propriété exclusive d'une chose que sa nature mobilière devait faire passer à la communauté, violeraient, en cela, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

437. Même lorsque l'intention du donateur ou du testateur s'est manifestée par une déclaration d'où l'exclusion résulte d'une manière incontestable, une question se présente sur l'étendue de cette exclusion dans le cas où la libéralité procède d'une personne dont l'époux donataire ou légataire est héritier à réserve. *Dans ce cas, l'exclusion est-elle valable pour le tout, ou seulement jusqu'à concurrence de la quotité disponible ?* Sur cette question, M. Delvincourt pense que si l'auteur de la libéralité survit à la dissolution de la communauté, la clause d'exclusion est valable pour le tout. Mais le même jurisconsulte enseigne que la clause ne peut frapper que le disponible lorsque l'auteur de la libéralité meurt avant que la communauté soit dissoute. « On ne peut, en général, dit M. Delvincourt, imposer de condition qu'aux choses qu'on est le maître de donner ou de ne pas donner ; or, l'ascendant sur la succession duquel il est dû une réserve, ne peut en priver celui à qui elle est due (2). » D'autres auteurs soutiennent, au contraire, d'une manière non moins absolue, que l'exclusion est valable pour le tout, attendu que la réserve est un bénéfice établi en faveur de l'époux donataire, et que lorsque celui-ci ne l'invoque pas, lorsque son intérêt exige que la quotité disponible soit de la totalité des biens, son conjoint ne peut pas être admis à exciper d'un droit de réserve qui n'est pas établi en sa faveur, ni surtout à se prévaloir de ce droit pour le tourner contre celui-là même au profit de qui il est établi (3).

(1) V. *suprà*, n° 359.

(2) T. III, aux notes, p. 12, note 2, édit. de 1824.

(3) V. MM. Toullier, t. XII, n° 14 ; Duranton, t. XIV, n° 135 ; Bugnet sur

Entre ces opinions extrêmes se place un parti intermédiaire qui donne aux principes généraux, ce nous semble, une plus complète satisfaction (1). Ce parti consiste à distinguer entre le cas où l'époux donataire accepte la succession de l'ascendant qui l'a gratifié, et le cas où cet époux renonce à la succession. S'il prend cette dernière détermination, il n'a pour recueillir une part des biens meubles du défunt, que l'acte constatant la libéralité dont a été l'objet l'époux gratifié; la communauté devra donc accepter, pour le tout, les conditions de cet acte, sauf, bien entendu, à supporter la réduction à laquelle pourraient avoir droit les autres héritiers réservataires, s'il en existait. Mais, supposons que l'époux gratifié accepte la succession, et la thèse change: la condition d'exclusion ne doit valoir alors que jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Pourquoi? Parce que, pour ce qui est de la réserve, l'époux gratifié ne peut plus être considéré que comme l'ayant reçue en sa qualité d'héritier, *jure hæreditario*, et que cette réserve étant purement mobilière, elle tombe dans la communauté, par cela même, en vertu des principes qui y font tomber les choses mobilières échues par succession pendant le mariage. Vainement on opposerait qu'en ceci la communauté exciperait d'un droit de réserve établi exclusivement en faveur de l'héritier. L'objection reposerait sur un principe inexact. Car le droit à la réserve n'est pas exclusivement attaché à la personne de l'héritier, puisque l'art. 921 donne le droit de demander la réduction non-seulement à ceux en faveur desquels la loi fait une réserve, mais encore à leurs héritiers ou *ayant cause*. Or, qu'est-ce que la communauté, sinon un ayant cause pour chacun des époux? Elle peut donc, à ce titre, d'après les termes mêmes de la loi, demander la réduction: et si elle a ce droit, les parents de l'un des époux ne peuvent l'en dépouiller entièrement, tromper ainsi l'espoir légitime qu'elle a dû concevoir et lui enlever son bénéfice, après la réalisation d'une éventualité sur laquelle elle avait pu compter.

En résumé donc, nous croyons que dans le cas proposé la clause d'exclusion opère provisoirement tant que la succession

Pothier, *De la communauté*, t. VII, p. 123, à la note. Telle est aussi l'opinion émise par M. Zachariæ, t. III, p. 416 et note 17. Seulement ce dernier auteur n'applique la solution que dans le cas où la libéralité a été faite pendant le mariage. Mais il enseigne que l'exclusion est valable pour le tout lorsqu'il s'agit d'une donation faite à l'un des époux par contrat de mariage.

(1) Ce parti a été indiqué par M. Glandaz, *Encycl.* v° *Communauté conjugale*, n° 24.

du donateur ou du testateur n'est pas ouverte; mais que cette succession une fois ouverte, la question doit se résoudre d'après la distinction qui vient d'être indiquée.

N° 2. — *Des propres immobiliers.*

438. Indication des diverses causes de propres immobiliers. — Division.

438. En principe, la communauté se compose activement des immeubles qu'elle a droit de prendre parmi ceux qui proviennent des acquisitions faites pendant sa durée. Un droit de possession ou de propriété ayant pour objet des immeubles, lorsqu'il est antérieur au mariage, constitue donc une cause de propres.

Ce n'est pas tout : les acquisitions immobilières opérées pendant le mariage procèdent soit d'un titre onéreux, soit d'un titre lucratif. L'un et l'autre titre, nous l'avons dit au n° 3 de l'article précédent, sont susceptibles de faire des conquêts de communauté. Mais, nous l'avons dit aussi, le principe des conquêts réside plus particulièrement dans les acquisitions à titre onéreux; les acquisitions à titre gratuit constituent plus ordinairement des propres : tels sont, dans tous les cas, les immeubles recueillis dans une succession ouverte pendant le mariage, (art. 1404, n° 1, et 1406), et, dans la plupart des cas, les immeubles échus par donation ou par legs pendant le mariage (art. 1405). Ainsi, il y a une seconde cause de propres immobiliers dans le titre gratuit, en vertu duquel l'un des époux acquiert pendant la durée de la communauté.

D'un autre côté, le principe général d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté, est lui-même sujet à quelques exceptions. En effet, on considère comme propres, 1° les immeubles qui, en vertu d'une fiction de subrogation, sont censés prendre la place d'autres immeubles qui étaient propres eux-mêmes, ce qui s'entend des acquisitions immobilières faites à titre d'échange (art. 1407) et des acquisitions en remploi de propres aliénés pendant le mariage (art. 1434 et 1435); 2° la portion acquise par licitation ou à tout autre titre onéreux, d'un immeuble dans lequel l'un des époux avait déjà, comme propre, une part indivise (art. 1408). Par où l'on voit que le titre onéreux en vertu duquel l'un des époux acquiert des immeubles, même pendant la durée de la communauté, peut être une troisième et dernière cause de propres.

D'après cela, nous traiterons successivement dans trois distinctions de ces diverses causes de propres immobiliers.

DISTINCTION Ire. — *Propres immobiliers résultant d'un droit de possession ou de propriété existant au moment du mariage.*

Sommaire.

439. Tous immeubles dont les époux ont la possession ou sur lesquels ils ont un droit de propriété au moment du mariage leur demeurent propres.
440. L'application de la règle se fait aux diverses catégories d'immeubles établies par la loi.
441. 1° Des biens immeubles par leur nature. — Des fonds de terre.
442. Des bâtiments et des moulins à vent et à eau. Ils ne sont immeubles et par conséquent ils ne constituent des propres que lorsqu'ils sont réellement adhérents au sol.
443. Mais lorsque l'adhésion est réelle, les bâtiments et les moulins sont immeubles et partant exclus de la communauté, encore que l'époux auquel ils appartiennent soit usufruitier ou simplement fermier du sol sur lequel il les a fait établir.
444. Il en est de même du moulin établi, par suite de concession, sur une rivière navigable ou flottable.
445. Des fruits et des produits de la terre. Leur qualité d'immeubles dépend aussi de l'inhérence au sol. — Exceptions.
446. 2° Des biens immeubles par destination. — Conditions nécessaires pour l'immobilisation. — Distinctions.
447. Première catégorie d'immeubles par destination.
448. Deuxième catégorie d'immeubles par destination.
449. Suite.
450. Suite.
451. 3° Des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

439. Aux termes de l'art. 1404, n° 1, les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage n'entrent pas dans la communauté. Cette disposition, nous l'avons dit, est le corollaire de celle que contient le n° 3 de l'art. 1401, d'après lequel l'actif de la communauté, en ce qui concerne les immeubles, se compose seulement de ceux qui sont acquis pendant le mariage (1). Il résulte nettement de ces dispositions que tout immeuble ou toute valeur immobilière dont l'un des époux

(1) Sauf cependant l'exception faite par l'art. 1404, n° 2, relativement aux immeubles acquis, en échange de choses mobilières, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration. Nous avons parlé *suprà*, n^os^ 404 et suiv., de cette exception, et nous en avons indiqué l'étendue. Nous renvoyons à nos observations sur ce point.

a la possession à l'époque du mariage, est un propre pour cet époux. On sait que la possession antérieure au mariage n'est pas même nécessaire pour produire un conquêt, si l'époux avait avant la formation de la société conjugale un droit de propriété dont la réalisation a eu lieu seulement pendant la durée de la société. C'est un point que nous avons suffisamment expliqué en traitant de la présomption établie par l'art. 1402 du Code civil (1). Le seul objet que nous nous proposions en ce moment est de suivre dans ses développements et dans ses applications la règle qui fait de la possession, ou même d'un simple droit de propriété antérieur au mariage, une cause de propres immobiliers.

440. Les biens sont immeubles, d'après l'art. 517 du Code civil, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. On pourrait ajouter que depuis la promulgation du Code civil, le législateur, dérogeant à la règle d'après laquelle la nature mobilière ou immobilière d'un droit se détermine par l'objet de ce droit, a immobilisé certains droits qui ont pour objet de l'argent ou des capitaux et a créé ainsi des immeubles qui ne rentrent dans aucune des catégories indiquées par l'art. 517 et auxquels on peut donner la qualification d'immeubles par la détermination de la loi : telles sont les actions de la Banque de France; telles sont les rentes sur l'état, immobilisées pour la formation d'un majorat; telles sont enfin les actions de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing. La règle qui donne la qualité de propre aux immeubles sur lesquels les époux ont en se mariant un droit de propriété ou de possession, embrasse ces catégories diverses d'immeubles. Nous avons fait déjà l'application de la règle aux immeubles de la dernière catégorie, à ceux que nous désignons sous la qualification d'immeubles par la détermination de la loi (2). Nous n'aurons donc à nous occuper ici que des immeubles compris dans les trois autres classes.

441. Les biens immeubles par leur nature sont ceux qui, de ce qu'ils ne peuvent être transportés d'un lieu à un autre, ont réellement le caractère d'immobilité. Dans cette catégorie rentrent seulement les fonds de terre et les choses qui sont inhérentes à ces fonds médiatement ou immédiatement et qui dès lors en prennent la nature comme accessoires. La règle qui place en dehors de la communauté et laisse propres aux époux les im-

(1) V. *suprà*, nos 414 et suiv.
(2) V. *suprà*, nos 345 et 348.

meubles sur lesquels les époux ont un droit de propriété ou de possession à l'époque de leur mariage, n'est susceptible d'aucune difficulté, en ce qui concerne les immeubles par nature de la première espèce. Un fonds de terre est immeuble par lui-même et par sa nature originelle; lors donc qu'une personne possède un fonds de terre, ou bien lorsqu'elle en est propriétaire ou doit le devenir par la suite en vertu d'un droit préexistant, ce fonds de terre demeure propre à cette personne sans aucune contestation possible, si elle vient à contracter mariage et à former avec son conjoint, par suite de ce mariage, une communauté légale. Mais la nature immobilière des choses inhérentes au sol n'est pas toujours aussi certaine; l'immobilisation dépend de certaines circonstances sur la réalisation desquelles le doute et la controverse peuvent s'établir. Donc, pour décider si ces choses sont des propres de communauté, d'après la règle dont nous nous occupons en ce moment, on doit préalablement examiner si elles existent entre les mains des époux, au moment de leur mariage, dans les conditions voulues pour qu'elles soient rangées parmi les immeubles par leur nature. Par suite, il convient de se fixer sur les principes d'après lesquels les choses inhérentes au sol d'une manière médiate ou immédiate appartiennent à cette classe de biens.

442. La loi y place d'abord les bâtiments (art. 518), ce qui se comprend à merveille. Dans leur nature primitive, les matériaux qui composent le bâtiment étaient des meubles sans doute; toutefois cette nature première s'est modifiée par l'effet de la construction et par l'adhérence au sol : l'immobilisation a eu lieu en vertu de la règle : *Quod solo inædificatur, solo cedit.* Mais l'*accession réelle* au sol est une condition nécessaire pour produire l'immobilisation. La loi romaine décidait en ce sens que certains édifices qu'on est dans l'usage de construire en bois, sont immeubles seulement lorsque les pieux sur lesquels ces édifices reposent sont enfoncés en terre (1). La décision doit incontestablement être suivie encore. Un bâtiment ne cesserait donc pas d'être meuble, s'il était construit sans fondements ni pilotis, comme il arrive souvent pour des cérémonies publiques, pour des foires ou pour des assemblées (2). Cela s'induit d'ailleurs virtuellement,

(1) On lit, en effet, dans la loi 18 ff. *De actionibus empti et venditi* : « *Granariæ, quæ ex tabulis fieri* solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terrâ defossi sunt : quod si supra terram sunt, rutis et cæsis cedunt. »

(2) *Conf.* M. Marcadé, t. II, p. 334, 3e édit.

par argument d'analogie, de l'art. 519 du Code civil, et expressément de l'art. 531, aux termes duquel les moulins à vent ou à eau doivent être rangés dans la classe des immeubles par leur nature, lorsqu'ils sont « fixés sur piliers et font partie du bâtiment (1), » et conservent la qualité de meubles lorsqu'ils ne font pas partie de la maison ou ne sont pas fixés par des piliers. D'après cela, si l'un des époux, en se mariant, a un droit de propriété ou de possession sur un bâtiment ou sur un moulin à vent ou à eau, le bâtiment ou le moulin ne lui demeure propre que tout autant qu'il y a accession réelle au sol d'après les règles ci-dessus ; au contraire, si l'adhésion n'existe réellement pas, le bâtiment ou le moulin tombent, comme meubles, dans la communauté.

443. Mais lorsque l'adhésion existe réellement, faut-il que le moulin ou le bâtiment aient été construits par le propriétaire du sol pour qu'ils aient le caractère d'immeubles par nature? Ou bien seraient-ils meubles s'ils avaient été construits par un usufruitier ou par un fermier? On voit quelle est, au point de vue de la communauté légale, l'importance de la question : la construction n'étant immeuble qu'à la condition d'avoir été faite par le propriétaire du sol, il s'ensuivra qu'elle devra tomber, comme meuble, dans la communauté, si l'époux qui l'a faite n'avait qu'un droit d'usufruit ou de bail sur le fonds. Au contraire, si la construction est immeuble, quoiqu'elle soit faite par un usufruitier ou par un fermier, elle sera propre à l'époux, cet époux fût-il simplement usufruitier ou même locataire du fonds. Il importe donc au plus haut point de vérifier si le bâtiment ne doit être considéré comme immeuble que tout autant qu'il a été construit par le propriétaire du sol.

Dans l'ancienne jurisprudence, Pothier examinant la question spécialement à l'occasion des moulins, s'exprimait en ces termes : « Un moulin à vent n'étant censé immeuble et faire partie du fonds de terre sur lequel il est placé, que parce qu'il y est placé pour perpétuelle demeure, c'est une conséquence qu'il ne doit être réputé tel que lorsqu'il y a été placé par le propriétaire de

(1) L'art. 519 semble faire dépendre l'immobilisation d'une double circonstance : l'une, que le moulin soit fixé sur piliers ; l'autre, qu'il fasse partie du bâtiment. Mais il est unanimement reconnu que l'immobilisation est produite isolément soit par l'une, soit par l'autre de ces circonstances. Il a même été décidé qu'un moulin à vent, bien qu'il ne soit que posé et non fixé sur des piliers en maçonnerie, est immeuble par sa nature. *Civ. cass.*, 12 mai 1834 (Enregistrement c. Mariage).

la terre, et qu'il en doit être autrement s'il y avait été placé par un usufruitier ou par un fermier de la terre ; car on ne peut pas dire en ce cas qu'il ait été placé pour perpétuelle demeure, l'usufruitier et le fermier étant présumés ne l'avoir placé que pour le temps que devait durer l'usufruit et le bail, et devant l'emporter après la fin de l'usufruit ou du bail. Le moulin doit donc en ce cas passer pour une chose meuble, et qui doit en conséquence entrer dans la communauté légale de l'usufruitier ou du fermier (1). » Toutefois, Pothier s'exprimait ainsi sous l'empire d'une législation qui faisait dépendre l'immobilisation du moulin, non pas de sa fixation au sol par piliers, mais uniquement de ce que, intentionnellement du moins, il était placé sur le fonds à perpétuelle demeure. Il est remarquable, en effet, que les coutumes qui, en raison de cette perpétuité dans la destination, donnaient aux moulins le caractère d'immeubles, n'exigeaient pas que ces moulins fussent fixés sur piliers, mais seulement qu'ils fussent *placés* sur le fonds quoique non attachés (2). En partant de là, il ne pouvait pas être douteux que les moulins placés sur le sol par le locataire ou même par l'usufruitier ne dussent tomber dans leur communauté, car le droit temporaire qu'ils avaient à la possession du fonds était par lui-même exclusif de l'intention de perpétuité qui seule faisait attribuer aux moulins placés sur le sol le caractère immobilier.

Mais aujourd'hui, en présence de l'art. 519, qui fait résulter le caractère immobilier des moulins de leur union physique avec le sol, cette appréciation de l'intention ne saurait plus être d'aucune considération : et l'autorité de Pothier comme sa raison de décider sont devenues sans aucune puissance. Aussi ne saurions-nous adopter l'opinion de M. Delvincourt (3), qui, non-seulement se range à l'avis de Pothier sur la question spéciale que résout

(1) *De la communauté*, n° 37.

(2) V. *Cout. de Paris*, art. 90 ; *Orléans*, art. 352.

(3) V. t. I, aux notes, p. 332, note 4, édit. de 1824. V. *Conf.* MM. Championnière et Rigaud, t. IV, nos 3175 et suiv., et A. Dalloz, *Rec. pér.*, 1843, 1, 396. — Ces auteurs se fondent entre autres motifs sur ce que le propriétaire auquel la construction seule appartient ne pourrait pas donner efficacement une hypothèque sur sa propriété. La cour suprême, dans l'arrêt du 15 avril 1846, qui est cité à l'une des notes suivantes, a très-justement répondu à l'objection « que l'inefficacité ou la résolution de l'hypothèque conférée par le propriétaire d'un bâtiment édifié sur le fonds d'autrui, seraient la conséquence des conventions, qui auraient cédé pour un temps limité la jouissance de ce fonds, et qu'elles n'altéreraient aucunement le caractère d'immeuble imprimé aux bâtiments par la disposition même de la loi. »

ce grand jurisconsulte, mais encore qui étend cet avis à toute construction autre que celle d'un moulin. Pothier lui-même n'est jamais allé jusque-là, car, du moins en ce qui concerne « les édifices autres que les moulins, » il a enseigné sans aucune distinction entre le cas où ces édifices sont construits par le propriétaire du sol et celui où ils sont construits par le locataire ou par l'usufruitier, qu'ils sont immeubles en ce qu'ils font partie du fonds de terre suivant la règle, *quod solo inædificatur solo cedit* (1). C'est aussi ce qu'il faut décider aujourd'hui d'une manière absolue ; car aux termes de l'art. 518, les bâtiments sont immeubles par leur nature, et aucune détermination de la loi ne leur fait perdre ce caractère et ne leur attribue le caractère de meubles lorsqu'ils ont été construits par un autre que le propriétaire du sol. Il est vrai que l'art. 555 dispose que si des plantations, des constructions ou d'autres ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, sur le sol d'autrui, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir ou d'obliger ce tiers à les enlever ; mais cet article ne dit pas que le bâtiment est une chose mobilière. Il faut dire alors qu'il existe deux immeubles superposés, le bâtiment *et le sol ; le bâtiment cède au sol sans doute*, en ce sens que le propriétaire du premier est à la discrétion du propriétaire de l'autre ; mais ce n'est pas à dire que le bâtiment ne soit pas un immeuble comme le sol lui-même. Tel est aussi l'avis qui semble prévaloir en doctrine (2) et en jurisprudence (3).

Nous concluons donc que dans le cas où l'époux est simplement usufruitier ou même locataire du sol sur lequel il a fait des constructions, ces constructions ne laissent pas que de lui demeurer propres en vertu de la règle qui fait propres de communauté les immeubles sur lesquels les époux ont en se mariant un droit de propriété ou un droit de possession.

444. D'après cela, l'époux conserverait en propre le moulin

(1) *De la communauté*, n° 32.

(2) V. MM. Marcadé sur l'art. 519, n° 2 ; Bugnet sur Pothier, *De la communauté*, n° 37, note 3 ; Devilleneuve, vol. de 1842, I, 101, à la note ; Sebire et Carteret, *Encyclopédie*, v° *Biens*, n° 15.

(3) V. *Civ. cass.* 18 nov. 1835 (aff. Vidal) ; 2 février 1842 (aff. Griolet) ; 26 juillet 1843 (aff. Fontaine) ; 3 juillet 1844 (aff. Dalouzy) ; 26 août 1844 (aff. Maire) ; 15 avril 1846 (aff. Javal et aff. Daubrée) ; Douai, 19 juillet 1844 (aff. Charles). V. cependant, Grenoble, 2 janvier 1827 (syndics Coste). Il convient de dire que dans tous les cas où la cour suprême a statué, il s'agissait uniquement d'un intérêt fiscal ; mais la décision est appuyée sur des considérations empruntées au droit civil.

fixé sur piliers qu'il aurait établi, par suite d'une concession, sur une rivière navigable ou flottable. Pour ces moulins aussi bien que pour ceux qui sont établis sur les rivières non navigables ni flottables, il y a immobilisation dès que l'usine ou le moulin est fixé sur piliers. A la vérité, l'immobilisation ne résulte pas du même principe, mais le résultat n'en est pas moins identique. A l'égard des moulins établis sur les rivières non navigables ni flottables, l'immobilisation proclamée par l'art. 519 du Code civil est une application du principe *quod solo inædificatum est, solo cedit;* c'est en quelque sorte la consécration virtuelle de cet autre principe, contredit cependant depuis longtemps et sur lequel la controverse s'est établie aujourd'hui plus vive que jamais, à savoir que le lit de ces rivières est censé appartenir aux propriétaires riverains et non pas à l'État (1). A l'égard des moulins établis par suite de concessions sur les rivières navigables ou flottables, la raison de décider ne saurait être la même, puisque le lit de ces rivières est incontestablement la propriété de l'État. Mais on arrive à la même solution par les principes qui régissent le droit de superficie. C'est ce que M. Duranton (2) exprime en ces termes : « En concédant la faculté d'établir l'usine, l'État concède par cela même le droit de superficie sur la partie de la rivière sur laquelle elle sera établie : or, ce droit est la faculté d'avoir un édifice sur le sol d'autrui comme sur son propre fonds, nonobstant le principe *quod solo inædificatum est, solo cedit*, principe qui fléchit précisément dans ce cas, non d'après le droit pur, mais *tuitione prætoris*. Et ce droit d'avoir comme sien un édifice sur le sol d'autrui, produit, pendant la durée de la concession, les avantages attachés à la propriété pleine; d'où les lois romaines, qui nous l'ont transmis, considéraient le superficiaire comme propriétaire de la surface..... »

(1) Nous n'entendons pas ici prendre parti sur cette grave question, dont la solution ne rentre pas dans notre matière. Disons seulement qu'elle a donné lieu à un travail remarquable de l'un de nos plus éminents jurisconsultes, M. Championnière, qui, dans un traité spécial de la *propriété des eaux courantes*, s'est attaché à établir le droit exclusif des propriétaires riverains, et a rattaché à cette matière toutes les notions de droit féodal dont la connaissance peut encore être nécessaire aujourd'hui. Il est à propos d'ajouter que l'opinion contraire à celle de M. Championnière avait été soutenue dans un écrit spécial de M. le conseiller Rives, publié en 1844, sous le titre *De la propriété du cours et du lit des rivières non navigables*, et que la cour de cassation, appelée récemment pour la première fois à se prononcer sur la question, l'a résolue dans ce dernier sens. *Civ. cass.*, 10 juin 1846 (aff. Parmentier).

(2) V. t. IV, n° 24.

445. Parmi les immeubles par leur nature, la loi place, encore en vertu de la même règle d'inhérence au sol, tous les fruits et produits de la terre. Ainsi, tous les produits du sol, de quelque nature qu'ils soient, les grains, les fruits, les bois, tous les arbres, plantes et arbustes, les houilles, les pierres, les métaux et les autres substances que la terre recèle, sont immeubles tant qu'ils sont inhérents au sol : ils ne deviennent meubles que par leur séparation ou par leur extraction de la terre. La règle est spécialement formulée par la loi, quant aux récoltes pendantes par les racines, aux fruits des arbres, aux coupes ordinaires de bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées (art. 520 et 521), parce que, relativement à ces produits dont la séparation de la terre se fait à des époques connues et déterminées d'avance, on aurait pu supposer que la seule échéance du terme marqué pour la séparation du sol suffirait pour opérer la mobilisation (1) ; mais la règle est absolue et s'applique sans exception à tous les produits du sol, quelle qu'en soit la nature. La communauté acquiert sur ces produits, considérés comme fruits, certains droits, spécialement déterminés, sur lesquels nous nous sommes déjà expliqués (2) et dont par conséquent nous n'avons plus à nous occuper. Nous les prenons ici dans leur qualité plus générale de meubles ou d'immeubles, et nous disons qu'immeubles tant qu'ils sont inhérents à la terre, la propriété n'en est pas transmise à la communauté légale qui s'établit par le fait du mariage, par l'époux qui a sur eux un droit préexistant à ce mariage.

Toutefois, il n'en est ainsi que dans le cas où les produits dont il s'agit sont bien réellement inhérents au sol. La règle ne s'étendrait pas, par exemple, à des arbustes qui seraient en caisses alors même que ces caisses auraient été mises en pleine terre. Dans ce cas, il n'y a pas incorporation à la terre ; les arbustes seraient donc meubles à moins qu'ils fussent devenus immeubles par destination, d'après les règles auxquelles nous allons arriver : et à ce titre de meubles, la propriété en serait acquise à la communauté en vertu des principes qui font entrer dans l'actif social les meubles possédés par les époux au moment du mariage (3).

(1) Certaines coutumes s'étaient prononcées en ce sens ; celle d'Artois allait même jusqu'à réputer meubles « les bledz verdz et autres advestures » avant l'époque de la coupe, s'ils paraissaient assez formés pour être coupés. V. article 141.

(2) V. *suprà*, nos 378 et suiv.

(3) Pothier, *De la communauté*, no 34.

Il y a plus : dans une circonstance particulière, des arbres quoique véritablement inhérents au sol ne sont cependant que des meubles. Il en est ainsi, dit Pothier (1) « à l'égard des arbres des pépinières qui sont transplantés de la terre qui les a produits dans une autre terre où ils sont mis comme en dépôt pour s'y nourrir et s'y fortifier, jusqu'à ce qu'on les en arrache pour être vendus. Ces arbres conservent leur qualité de meubles qu'ils ont acquise lorsqu'ils ont été arrachés de la terre où ils sont nés ; ils ne sont pas censés faire partie de la terre où ils ont été transplantés, n'y ayant point été plantés pour perpétuelle demeure, et n'y étant que comme en dépôt jusqu'à ce qu'ils en soient arrachés pour être vendus : ils entrent par conséquent dans la communauté légale. »

446. Nous passons à la deuxième catégorie d'immeubles, c'est-à-dire aux immeubles par destination. Ces immeubles, dont il est question dans les art. 522, 523, 524 et 525 du Code civil, sont toutes les choses qui, étant meubles par leur nature et conservant en elles-mêmes ce caractère de meubles, sont destinées à rester perpétuellement unies à un immeuble, et par ce motif sont fictivement immobilisées par la loi. Ici la perpétuité dans la destination est indispensable pour que l'immobilisation soit opérée ; cette perpétuité, qui résulte quelquefois de la force même des choses et de la nature même du rapport établi entre l'immeuble et l'objet mobilier fictivement immobilisé, cette perpétuité ne peut le plus souvent s'induire que de l'intention présumée de la personne qui a mis l'objet mobilier en rapport intime avec l'immeuble.

Il suit de là que l'immobilisation est produite, dans le premier cas, quelle que soit la cause par laquelle l'union s'est réalisée, et dans le second, que l'immobilisation ne peut avoir lieu si les objets mobiliers n'ont pas été mis en rapport avec l'immeuble par le propriétaire lui-même ou par celui qui était réputé tel. Toutefois, on n'a pas toujours tenu compte de cette différence. Ainsi, M. Duranton enseigne que les animaux placés sur un fonds pour la culture, les instruments aratoires, les semences, sont immeubles quoiqu'ils aient été placés sur le fonds par l'usufruitier, par l'emphytéote ou par le tiers détenteur, et en conséquence que ces objets ne tombent pas plus que le droit lui-même dans la communauté légale, ou qu'ils n'y tombent que sauf indemnité en faveur de l'époux qui au moment de son mariage jouissait, à

(1) V. *loc. cit.*

titre d'usufruitier, d'emphytéote ou de tiers détenteur, de l'immeuble sur lequel il avait placé ces divers objets (1). Mais si l'on peut admettre cette solution en ce qui concerne le placement fait par le tiers possesseur qui est le propriétaire tant que le vice de sa possession n'est pas reconnu, et qui peut le devenir définitivement s'il possède pendant assez de temps pour prescrire, on ne saurait l'admettre également en ce qui concerne le placement fait par l'usufruitier ou par l'emphytéote. Ces derniers ne sont pas propriétaires; ils ne peuvent agir comme tels. Ils exercent un droit dont la durée est limitée et par conséquent lorsqu'ils attachent un objet mobilier au fonds dont ils jouissent, on ne saurait leur supposer l'intention de l'y attacher à perpétuelle demeure. La raison en est, dit Pothier (2), que l'usufruitier ou le fermier est censé ne les avoir placées que pour le temps de son usufruit ou de son bail. Et cette opinion a été pleinement adoptée sous l'empire du Code civil (3).

Tenons donc que s'il y a des choses mobilières qui deviennent fictivement immeubles par le fait seul de leur accession à un immeuble par sa nature, il en est d'autres aussi qui ne sont immobilisées que sous la condition d'avoir été placées sur le fonds par le propriétaire lui-même ou en son nom.

Il reste à suivre cette distinction et à l'envisager dans ses rapports avec les principes de la communauté légale.

447. Parmi les choses mobilières dont l'immobilisation est produite par le fait seul de l'accession à un immeuble, on doit placer d'abord les choses qui servent à compléter une maison quoiqu'elles n'y soient pas adhérentes, comme sont les clefs, les cadenas et en général ce qui sert à la clôture de la maison ou de quelque partie de la maison. Même lorsqu'elles sont faites et placées dans la maison par un usufruitier ou par un locataire, ces choses sont censées faire partie de la maison. Les locataires, dit Pothier (4), de même que les héritiers de l'usufruitier, ne peuvent après la fin du bail ou de l'usufruit les retenir; et ils

(1) V. t. IV, n° 39.

(2) *De la communauté*, n° 63.

(3) V. notamment MM. Marcadé, 3e édit., sur l'art. 525, n° 4, et Bugnet sur Pothier, *loc. cit.* Il a été jugé, conformément à cette doctrine, que les machines placées par un locataire dans un immeuble loué, ne peuvent être réputées à son égard immeubles par destination. Grenoble, 20 février 1843 (aff. Argond). V. aussi Paris, 9 décembre 1836 (aff. Capon); Liége, 14 févr. 1824 (aff. Steffens); Bruxelles, 8 août 1811 (aff. Salmon).

(4) *De la communauté*, nos 60 et 63.

sont tenus de les remettre au propriétaire, personne ne pouvant avoir droit de retenir les clefs d'une maison qu'il n'a plus droit d'habiter. Le locataire a seulement en ce cas le droit de répéter le prix de ces clefs, s'il avait mis le propriétaire en demeure de les lui fournir.

On doit placer sur le même rang les échalas d'un vignoble. Quoiqu'ils aient été placés par un usufruitier ou par un fermier, ils ne laissent pas que d'y être réputés placés à perpétuelle demeure et faire partie en conséquence de la vigne ; l'usufruitier et le fermier étant obligés, en leur qualité, d'entretenir la vigne d'échalas et d'y laisser, après la fin de l'usufruit ou du bail, ceux qu'ils y ont mis (1).

Enfin, il en faut dire autant des choses qui par leur nature ne sont pas *in bonis*, et qui n'appartiennent à l'homme que comme une dépendance d'un fonds qui lui appartient. Tels sont les pigeons des colombiers, les poissons des étangs, les lapins des garennes et tout gibier enfermé dans un parc. En effet, ces animaux conservant alors leur liberté naturelle, on ne peut pas dire qu'ils soient par eux-mêmes et directement la propriété du maître. Le propriétaire du colombier, de l'étang, de la garenne, ne possède pas des pigeons, des poissons, des lapins, mais seulement un colombier peuplé de pigeons, un étang peuplé de poissons, une garenne peuplée de lapins.

La conséquence qui s'induit de là c'est que toutes ces choses n'étant pas, quant au domaine que le possesseur en peut avoir, distinctes de l'objet auquel elles sont attachées, elles ne peuvent entrer *per se* et comme choses meubles dans la communauté légale qui se forme entre ce possesseur et son conjoint; elles ne peuvent y entrer qu'autant que l'objet auquel elles accèdent serait lui-même un conquêt de cette communauté. Du reste, la solution serait différente s'il s'agissait d'animaux n'ayant plus leur liberté naturelle, comme sont les pigeons de volière, les poissons de vivier, les lapins de clapier. Ces animaux sont *per se* dans le domaine du possesseur, et par conséquent ils constituent des meubles entre ses mains. Par suite ils entrent dans la communauté légale (2). Cette distinction, admise par les lois romaines, était parfaitement établie par nos anciennes coutumes (3), et les

(1) *Conf.* Pothier, *ibid.*, n° 38.

(2) V. Pothier, *loc. cit.*, n° 41.

(3) L'art. 91 de la Coutume de Paris disait : « Poisson étant en étang ou en fosse, est réputé immeuble; mais quand il est en boutique ou réservoir, est

rédacteurs du Code l'ont virtuellement consacrée en ne déclarant immeubles par destination que les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs (art. 524).

Sous ce rapport, les rédacteurs du Code ont même poussé le principe de l'immobilisation plus loin que ne le faisaient quelques auteurs sous l'empire des coutumes. Pothier, notamment, enseignait qu'une « ruche avec laquelle les abeilles qui y sont dans leur liberté naturelle, ne composent qu'un même tout, *étant un meuble* qui entre en cette qualité dans la communauté légale, les abeilles de cette ruche qui ne sont qu'un seul tout avec la ruche, doivent pareillement avoir la qualité de *meubles* et entrer dans la communauté (1). » Cette règle, il est vrai, n'était pas unanimement admise ; quelques auteurs plaçant sur la même ligne les abeilles des ruches et les poissons des étangs, disaient que les abeilles devaient, aussi bien que les poissons, être réputées immeubles, et à ce titre être exclues de la communauté, parce qu'elles sont aussi dans leur liberté naturelle et non point tenues enfermées dans leurs ruches. Tel était l'avis de Chopin et de Lebrun (2). Les rédacteurs du Code ayant déclaré immeubles les ruches à miel, probablement comme des dépendances du rucher, il s'ensuit que les abeilles doivent aussi être réputées immeubles elles-mêmes, et par suite que la solution de Pothier, relativement au point de savoir si les ruches et les abeilles entrent ou non dans la communauté légale, doit céder aujourd'hui devant celle de Chopin et de Lebrun.

448. Parmi les choses que leur accession au fonds n'immobilise que sous la condition d'y être placées par le propriétaire lui-même, la loi range expressément : les animaux attachés par le propriétaire à la culture, soit qu'il exploite lui-même, soit qu'il ait affermé son fonds ; ceux qu'il a donnés à cheptel au fermier ou au métayer ; les tuyaux servant à la conduite des eaux ; les ustensiles aratoires ; les semences données aux fermiers ou aux colons partiaires ; les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ; les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ; les pailles et engrais ; et enfin tous les objets qui, sans être réellement inhérents au fonds, sont cepen-

réputé meuble. » L'art. 355 de la Coutume d'Orléans contenait une disposition identique.

(1) *De la communauté*, n° 42.

(2) V. Chopin sur la *Cout. de Paris*, liv. I, tit. I, n° 18, et Lebrun, *Tr. de la communauté*, liv. I, ch. V, n° 29.

dant regardés comme immeubles quand le fonds est tellement disposé pour les recevoir, que s'ils n'y étaient pas il semblerait y manquer quelque chose : comme sont les glaces, les tableaux et les autres ornements, lorsqu'ils font corps avec la boiserie; les statues lorsqu'elles sont placées dans des niches pratiquées exprès pour les recevoir (C. civ., art. 522 à 525). Mais il convient de remarquer que cette énumération faite par le législateur n'est pas limitative : la loi a exprimé d'une manière générale l'idée que les objets placés sur le fonds par le propriétaire lui-même pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination, comme aussi tous ceux que le propriétaire du fonds y a attachés à perpétuelle demeure; l'énumération qu'elle fait ensuite est une indication pure et simple, par voie d'exemple, de la mesure dans laquelle doit être appliquée la règle générale qu'elle a formulée. Toutes les choses mobilières qui rentrent dans cette règle générale, soit qu'elles aient été signalées par le législateur, soit qu'elles ne soient pas comprises dans l'énumération de la loi, ne devant pas être considérées en elles-mêmes et comme meubles, mais comme ne faisant qu'une seule et même chose avec l'immeuble dont elles font partie, il s'ensuit qu'en principe elles demeurent propres à l'époux qui les possède ou en est propriétaire, et qu'elles ne peuvent entrer dans la communauté légale si l'immeuble auquel elles sont attachées n'est pas lui-même un conquêt de la communauté.

Telle est la règle générale; mais il n'est pas sans intérêt d'en préciser l'application, dans les cas du moins où cette règle est susceptible d'une extension plus ou moins grande.

449. Spécialement, la loi considère comme immeubles par destination les animaux attachés à la culture de la terre, soit que le propriétaire qui les y a attachés exploite lui-même, soit qu'il ait donné le fonds à ferme. C'est là une disposition qui n'existait pas dans l'ancien droit; et Pothier s'attachait à démontrer combien il était utile qu'elle fût admise. « Je ne puis m'empêcher, disait-il, de témoigner qu'il serait à désirer qu'il y eût une loi qui attachât au domaine d'une terre celui des bestiaux qui servent à son exploitation, en ordonnant que les bestiaux qui servent à l'exploitation d'une terre seraient réputés en faire partie, et qu'en conséquence, en matière de communauté, ils n'y tomberaient qu'autant que la terre y serait apportée..... Faute d'une telle loi, à combien d'inconvénients est-on exposé, inconvénients contraires au bien de l'agriculture! Une femme qui avait une terre bien garnie en bestiaux, s'est remariée sans faire de

contrat de mariage : elle est obligée, après la mort de son mari, de renoncer à la communauté et de laisser, en conséquence, aux héritiers ou créanciers de son mari, tous les bestiaux de sa terre qui sont entrés dans la communauté à laquelle elle a renoncé. Elle n'a pas de grands moyens pour en acheter une quantité suffisante, elle ne pourra pas faire valoir sa terre.... (1). » Aujourd'hui, en présence de la disposition qui immobilise les animaux attachés par le propriétaire à la culture de la terre, les inconvénients signalés par Pothier ne peuvent plus se présenter : les animaux demeurent propres à l'époux qui en a fait l'immobilisation avant son mariage. Il a été décidé que l'immobilisation survivant au décès du propriétaire, le légataire des meubles ne peut prétendre à aucun droit sur les animaux immobilisés, soit que le propriétaire exploitât lui-même ce fonds auquel il avait attaché les animaux, soit qu'il l'eût donné à ferme (2). Par identité de raison, et même *à fortiori*, devrait-on décider que la communauté légale établie par un mariage postérieur à l'immobilisation n'y pourrait également prétendre aucun droit, puisqu'il y a une disposition précise qui limite les droits de la communauté sur les immeubles à ceux qui sont acquis pendant la durée de la société conjugale.

Toutefois, remarquons-le bien, la loi n'a eu en vue que l'intérêt de l'agriculture ; ce serait donc aller au delà de ses prévisions que d'étendre l'immobilisation à des animaux par cela seul qu'ils seraient placés sur un fonds et qu'ils seraient propres à la culture ; nous avons fait remarquer déjà que l'immobilisation ne peut résulter que de l'emploi des animaux à la culture ou tout au moins de leur nécessité (3). La cour de Limoges a décidé avec raison que des animaux, quoique placés sur un fonds, peuvent être l'objet d'une saisie exécution s'il est constant que ces animaux ne sont pas rigoureusement nécessaires à l'exploitation du fonds (4). On devrait décider de même que, dans ce cas, les animaux quoique placés sur un fonds qui par sa nature doit rester propre à l'époux propriétaire n'en tomberaient pas moins comme meubles dans la communauté légale.

Mais par contre, l'intérêt de l'agriculture exige que l'immobilisation ne soit pas bornée aux animaux employés à la culture

(1) V. *De la communauté*, n° 44.
(2) V. *Req. rej.*, 1er avril 1835 (aff. de Montebise).
(3) V. *suprà*, n° 315.
(4) Arrêt du 15 juin 1820 (aff. Villemoneix).

proprement dite; elle doit être étendue aux animaux dont l'éducation est un auxiliaire puissant pour l'exploitation. Il en est ainsi des bestiaux, qui servent à féconder les fonds par les engrais qu'ils procurent et sans lesquels ces fonds seraient improductifs (1). La règle s'applique même au croît des animaux (2). Dans ces diverses circonstances, la communauté ne profiterait en aucune manière des animaux appartenant aux époux : ces animaux seraient propres au propriétaire, soit qu'ils fussent attachés à un fonds exploité par lui-même; soit qu'ils eussent été livrés à un fermier ou à un métayer, même sur estimation, parce que l'estimation dans ce cas aurait eu pour effet, non pas de transférer la propriété, mais seulement de constater la valeur du bétail et de déterminer d'avance le prix que le fermier devra payer s'il ne représente pas le bétail à la fin du bail; soit enfin qu'ils eussent été donnés à cheptel au fermier ou au métayer.

Ajoutons d'ailleurs que l'immobilisation ne subsiste que tout autant que l'affectation des animaux à la culture est maintenue ou tant que subsiste cette perpétuité dans la destination qui est la condition nécessaire de l'immobilisation. Ainsi, en supposant que le propriétaire vende à son fermier le troupeau qu'il lui avait d'abord livré à cheptel, ce troupeau ne peut plus être considéré comme étant sur le fonds à perpétuelle demeure puisqu'il doit être enlevé par le fermier à la fin du bail : en sorte que si après la vente, le propriétaire vient à contracter mariage, le prix tombe dans la communauté, et cela même quand le prix serait encore dû par le fermier. Ainsi encore, en supposant qu'un propriétaire qui aurait garni son bien de bœufs destinés à la culture et de troupeaux destinés à consommer les fourrages et à engraisser les terres, change cette destination primitive et mette ces animaux en pâturage pour le service des boucheries, ces animaux ne devront plus être considérés comme immeubles (3), bien que les produits du fonds sur lequel on les fait paître ne soit plus perçu que par ce moyen. Alors, en effet, les animaux ainsi mis à l'engrais deviennent un objet de commerce; ils existent passagèrement sur le sol qui les nourrit; ils ne présentent donc plus dans la destination ce caractère de perpétuité tiré de l'appropriation à la culture et duquel la loi fait résulter l'immobilisa-

(1) V. Riom, 28 avril 1827 (aff. Sully); Bordeaux, 14 décembre 1829 (aff. Delaine-Durand); Bourges, 24 février 1837 (aff. Duparc).

(2) V. Limoges, 23 janvier 1839 (aff. Peyrot).

(3) *Conf.* Bourges, 6 mai 1842 (Lerasle c. Montcharmont).

tion (1). Par suite, si le propriétaire, dans le cas proposé, contracte mariage après avoir opéré le changement de destination, les animaux qu'il élève, redevenus meubles, se confondent comme tels dans l'actif de la communauté légale fondée par le mariage.

450. Il y a aussi quelques spécialités à signaler relativement aux objets mobiliers qui deviennent immeubles par leur incorporation même à un immeuble. Le principe est ici le même que pour les autres objets immobilisés par la fiction de la loi. L'immobilisation ne peut résulter que de deux circonstances : l'incorporation par le propriétaire lui-même et la perpétuité dans la destination. Mais la difficulté consiste à déterminer les signes auxquels on peut reconnaître cette perpétuité, l'une des conditions nécessaires à l'immobilisation. A cet égard, le législateur a formulé quelques règles d'interprétation. « Le propriétaire, dit l'art. 525, est censé avoir attaché à son fonds des objets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre, ou à chaux, ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. » Ainsi, en thèse générale pour tous les objets mobiliers incorporés à un immeuble, il y a deux signes auxquels on peut reconnaître la perpétuité dans la destination : le scellement à plâtre, à chaux ou à ciment; et à défaut, une incorporation telle que l'objet ne pourrait être détaché sans fracture ou détérioration, soit de l'objet lui-même, soit de la partie du fonds auquel il est attaché. Toutefois, la loi ne s'en tient pas à cette règle générale; elle étend sa prévoyance aux objets d'art et d'ornementation dont la valeur de convention est souvent fort considérable : elle trace, à cet égard, quelques règles spéciales. Le même art. 525 ajoute en effet : « Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. — Il en est de même des tableaux et autres ornements.—Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration. »

(1) Il a même été jugé que les animaux redeviennent immeubles dès qu'ils rentrent entre les mains du propriétaire du fonds, sans pouvoir être employés à l'usage auquel ils étaient destinés, spécialement dans le cas où le propriétaire aurait rendu la culture impossible en vendant les charrues, charrettes, pailles et fourrages. Arrêt du 9 février 1830 (aff. Oppin).

Mais les signes auxquels la perpétuité dans la destination doit être reconnue, d'après cet article, sont-ils limitatifs? ou bien, le législateur s'est-il borné à les indiquer comme de simples bases d'interprétation, sans entendre exclure toute autre circonstance portant avec elle le signe incontestable de la perpétuité? La question n'en est pas une en ce qui concerne la première disposition de l'art. 525. L'immobilisation ne peut résulter d'abord que du scellement en plâtre, à chaux ou à ciment; si l'objet mobilier est scellé d'une toute autre manière, fût-elle plus complète et plus solide que la précédente, l'immobilisation n'existe pas, à moins que l'objet ne puisse pas être détaché sans fracture ou détérioration. Telle est la disposition de la loi; il ne paraît pas possible d'y rien ajouter. Ainsi, le scellement à fer et à clous, qui opérait l'immobilisation, sous l'empire des coutumes (1), ne suffirait pas par lui-même aujourd'hui si l'enlèvement de l'objet ainsi scellé pouvait être opéré sans dommage.

Nous pensons également que le signe spécial duquel la loi fait résulter l'immobilisation en ce qui concerne les statues, est indiqué dans une pensée limitative. Il n'y a donc de fictivement immobilisées que les statues placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir (2); quant à celles qui seraient posées sur des piédestaux, soit dans les maisons, soit dans les cours ou les jardins, elles conserveraient leur nature mobilière encore que les piédestaux fussent enfoncés en terre.

Mais en ce qui concerne les glaces et les tableaux, il nous paraît évident que le signe d'où la loi fait dépendre la preuve de l'intention immobilisatrice du propriétaire doit être considéré comme ayant été énoncé à titre d'exemple. La cour de Paris s'était d'abord décidée en sens contraire; elle avait jugé que les glaces d'un appartement ne sont immeubles par destination qu'à

(1) L'art. 90 de la *Coutume de Paris* disait, en effet : « Ustensiles d'hôtel, qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration, sont réputés meubles; mais *s'ils tiennent à fer et à clous*, et sont scellés en plâtre, et sont mis pour perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, sont censés et réputés immeubles. »

(2) On peut même excepter le cas où une statue, quoique placée primitivement par le propriétaire dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir, peut être considérée comme étant en dehors du commerce à cause de la destination religieuse qui lui avait été donnée. Il a été jugé, dans ce sens, qu'une statue ornant une chapelle peut être réputée n'avoir pas été comprise dans le partage qui a attribué la chapelle à l'un des co-partageants, et cela alors même que l'acte de partage n'en fait aucune réserve. *Civ. rej.*, 22 mars 1843 (aff. de Boisgelin).

la condition de faire corps avec la boiserie, et que l'intention prêtée au propriétaire de placer ces glaces à perpétuelle demeure ne résulte pas suffisamment de leurs rapports, quant à la dimension et à l'agencement, avec les cheminées et les trumeaux (1). Mais cette même cour est revenue depuis sur sa doctrine : elle a reconnu que « l'art. 525, en décidant que les glaces sont censées mises à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie, n'a fait qu'indiquer une présomption tirée d'un usage en vigueur à l'époque de la publication du Code ; mais que la même présomption peut également résulter du fait que le parquet d'une glace a été posé conformément à la méthode nouvelle usitée pour placer les glaces à perpétuelle demeure (2). » Ce dernier avis nous semble parfaitement raisonnable; seulement nous dirons qu'il faut, dans tous les cas, que l'incorporation porte le signe évident de la perpétuité. La volonté seule d'immobiliser ne suffirait pas, encore qu'elle fût formellement exprimée; car l'immobilisation ne s'opère pas *nudâ voluntate*, sans quoi la loi n'eût pas *dû exiger que les objets mobiliers fussent attachés* au fonds.

On voit d'après quelles règles les objets dont l'énumération précède doivent être considérés comme restant propres à l'époux qui en est propriétaire au moment où il contracte mariage. Mais à ce point de vue nous devons faire remarquer que l'immobilisation doit avoir précédé la rédaction du contrat de mariage, s'il en a été fait un. Celle qui se placerait dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage ne devrait pas enlever l'objet immobilisé à l'actif de la communauté : ce serait le cas d'appliquer ici, par analogie, la seconde disposition de l'art. 1404 dont nous avons déjà présenté le commentaire (3). En effet, s'il n'est pas permis à l'un des époux d'enlever à la communauté des sommes d'argent sur lesquelles son conjoint avait dû compter, il ne doit pas lui être permis davantage de lui enlever des valeurs souvent inappréciables, par exemple, s'il s'agit du tableau d'un grand maître, alors que la convention tacitement intervenue au moment de la rédaction du contrat avait donné à l'au-

(1) Paris, 20 février 1833 (aff. Crest). V. *Conf.* MM. A. Dalloz, *Rec. pér.*, 1834. 2. 113, et *Dict. gén.*, v° *Choses*, n°s 85 et suiv., supplément; Hennequin, *Tr. de législ.*, t. I, p. 55.

(2) Paris, 10 avril 1834 (aff. Padelinety). V. *Conf.* Bruxelles, 14 juin 1821 (aff. Legrelle); Paris, 11 avril 1840 (aff. Del Carretto), et 19 juin 1843 (aff. Terville).

(3) V. *suprà*, n°s 404 et suiv.

tre conjoint l'espoir de trouver ces valeurs dans la communauté.

451. Enfin, il nous reste à parler des immeubles incorporels, c'est-à-dire des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. La loi place dans cette catégorie d'immeubles « l'usufruit des choses immobilières; les servitudes ou services fonciers; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble (art. 526). » D'après cela, le droit d'usufruit dont l'un des époux est en possession au moment du mariage, constitue pour cet époux un propre immobilier. A l'égard du droit résultant de l'emphytéose et en général de tous les baux, soit ordinaires, soit exceptionnels, nous en avons déjà recherché la nature (1).

Il en est ainsi des servitudes actives existant en faveur des fonds dont l'un des époux est propriétaire ; en sorte que si pendant le mariage le propriétaire du fonds servant rachetait la servitude, le prix du rachat ne devrait être versé dans la communauté que sauf récompense ou indemnité en faveur de l'époux propriétaire du fonds dominant. Quant aux servitudes passives, l'époux dont le fonds en est grevé au moment du mariage en demeure seul chargé, en sorte que si pendant la durée de la communauté, sa propriété vient à en être libérée au moyen d'une somme, la communauté, en tant qu'elle aurait fourni cette somme, aurait droit à une récompense. C'est ce qu'exprime l'article 1437, et nous reviendrons sur ce point à la section suivante.

Enfin, la règle est la même à l'égard de tout droit qui a pour objet de procurer la propriété ou un démembrement de la propriété d'un immeuble (2). Ces droits étant immobiliers en vertu de la règle d'après laquelle la nature mobilière ou immobilière d'un droit se détermine par son objet (3), il s'ensuit qu'ils sont par cela même exclus de la communauté légale et constituent des propres immobiliers pour l'époux qui en était investi au moment de son mariage. Nous avons déjà fixé la portée de cette règle; nous renvoyons à nos précédentes observations (4).

(1) *Ibid.*, n° 338.

(2) Nous avons dit déjà que c'est par cette formule que doit être remplacée la disposition incomplète et inexacte qui termine l'art. 526. V. *suprà*, n° 323, et la note 2.

(3) Cette règle a été expliquée *suprà*, nos 323-335. Le lecteur devra se référer aux développements qu'elle a reçus, car en signalant les droits mobiliers nous avons été naturellement amenés à parler du cas où ces droits sont susceptibles de se transformer en droits immobiliers.

(4) *V. suprà, nos 418 et suiv.*

DISTINCTION II^e^. — *Propres immobiliers résultant d'acquisitions à titre lucratif faites pendant le mariage.*

Sommaire.

452. Divers modes par lesquels des immeubles peuvent être acquis à titre lucratif.

453. *Des alluvions et des incorporations.* — Tout ce qui est uni par une union réelle à un immeuble en suit la nature. D'où la conséquence que si l'immeuble est un propre, la partie réunie est propre également à l'époux propriétaire.

454. Application de la règle aux alluvions, aux relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre, et au cas où une partie considérable d'un terrain est transportée par une force subite d'un héritage sur un autre.

455. Application de la règle aux îles, îlots et atterrissements formés dans le lit d'une rivière ou d'un fleuve navigable ou non.

456. Application de la règle dans le cas de réunion, pendant la durée de la communauté, de l'usufruit à la propriété;

457. Et à l'accroissement qui s'opère par le fait de l'homme, soit qu'un bâtiment ait été construit sur un terrain propre à l'un des époux, soit qu'il ait été acheté un immeuble voisin d'un immeuble propre ou enclavé dans ce dernier.

458. *Des successions immobilières.* — Tout ce qui est immeuble dans une succession recueillie par l'un des époux pendant le mariage est un propre pour cet époux. — Art. 1404, n° 1.

459. La règle est absolue et s'applique aux immeubles incorporels aussi bien qu'aux immeubles corporels.

460. Elle est absolue encore en ce sens qu'elle s'applique à tous les titres lucratifs : au retrait successoral;

461. Au retour légal;

462. Au retour établi en faveur de l'adoptant, etc.

463. Aux accommodements de famille. Texte de l'art. 1406.

464. Cet article est exceptionnel.

465. Néanmoins la disposition qui considère comme propre l'immeuble abandonné par l'ascendant en payement de ce qu'il doit à l'époux cessionnaire est applicable quelle que soit la nature de la dette. Elle s'applique notamment dans le cas où un immeuble est donné en payement d'une dot promise.

466. Mais l'art. 1406 est exceptionnel; d'où suit que s'il doit être appliqué dans tous les cas qui rentrent sous la prévision de l'article, il ne peut pas être étendu à d'autres cas placés en dehors de ces prévisions.

467. Suite.

468. *Des donations d'immeubles.* — Ces dispositions en principe font des propres pour les époux. — Texte de l'art. 1405.

469. Bien qu'il ne parle que des donations, cet article n'est pas limité aux donations entre vifs.

470. L'art. 1403 n'est relatif qu'aux dispositions faites pendant le mariage. Toutefois, les immeubles échus avant le mariage et par conséquent ceux mêmes qui sont donnés aux époux par le contrat de mariage ne sont pas moins des propres. — Développements. — Règles d'interprétation.

471. En excluant de la communauté les immeubles donnés pendant le mariage, l'art. 1405 parle des donations faites *à un seul des époux;* toutefois la disposition n'est pas moins applicable dans le cas d'une donation ou d'un legs d'immeuble fait *aux deux époux conjointement.* — Controverse.

472. Enfin, la disposition de l'art. 1405 s'applique même aux donations onéreuses.

473. Mais dans tous les cas, il dépend du donateur de faire fléchir le principe posé dans cet article; il peut déclarer, en effet, que l'immeuble par lui donné entrera dans la communauté. Comment cette déclaration doit être faite.

474. En supposant que l'immeuble soit donné à la femme, le donateur peut-il lui réserver le droit de recevoir les revenus sur ses seules quittances?

452. Les divers modes pour les époux d'acquérir des immeubles à titre lucratif, sont : 1° les accessions ou incorporations aux immeubles dont ils ont personnellement la propriété; 2° les successions immobilières; 3° les donations d'immeubles. Le principe d'après lequel les immeubles acquis à titre lucratif sont des propres, est susceptible d'une application plus ou moins étendue, suivant qu'on l'envisage dans ses rapports avec chacun de ces modes d'acquérir.

453. *Alluvions, incorporations.* — Tout ce qui est uni par une union réelle à un immeuble en suit la nature. La raison en est que ce qui est uni par une union réelle à un héritage, ne faisant qu'un seul et même corps, qu'une seule et même chose avec cet héritage, ne peut avoir d'autre qualité que celle de cet héritage, en vertu de la maxime *accessorium sequitur naturam rei principalis* (1). Si donc l'un des époux a acquis un immeuble avant son mariage ou même après par l'une des causes de propres ci-après indiquées, toute accession faite à cet immeuble, à quelque époque qu'elle ait eu lieu, est un propre de communauté comme cet immeuble lui-même, en tant que la partie acquise se trouve réellement unie à l'immeuble. Considérée isolément, cette partie qui vient s'adjoindre à l'immeuble n'est, il est vrai, dans les cas ordinaires, qu'une bonne fortune, et à ce titre on pourrait dire qu'elle doit être attribuée à la

(1) V. Pothier, *De la communauté,* n° 192.

communauté (1). Mais la raison décisive pour la classer dans les propres, est que l'accession s'est faite naturellement, sans le fait de l'homme; qu'elle ne vient ni de l'industrie commune ou particulière des époux, ni de leurs ressources particulières; et que la personne n'y a contribué en aucune manière. La partie transmise par l'accession est considérée non pas comme une chose nouvelle, mais comme une dépendance même de l'immeuble accru. Il est donc raisonnable de lui assigner la qualité de cet immeuble et de la ranger sous la même condition (2).

454. D'après cela, les accrues qui se font par alluvion à l'immeuble de l'un des époux sont des propres pour cet époux. Ce que le fleuve ajoute insensiblement, disait Lebrun (3), à l'héritage qui est propre à l'un des conjoints, quoique dans la suite des temps l'augmentation soit considérable, n'est point un conquêt de communauté, mais suit l'héritage. La raison est que l'accroissement que l'alluvion produit, se fait à la chose non à la personne: ainsi quand elle augmente un propre, elle est propre; quand un conquêt, elle est conquêt; une même chose ne pouvant pas être propre et conquêt. — L'accroissement que produit l'alluvion étant imperceptible, et se faisant de la même manière que l'accroissement et le progrès d'une plante, on ne peut ni distinguer le moment où il se fait, ni le séparer de l'héritage auquel il se fait, dont il prend par conséquent toutes les qualités. La même solution doit être suivie aujourd'hui et elle est applicable sans difficulté, soit que la propriété accrue par l'effet de l'alluvion borde un fleuve ou une rivière navigable ou flottable, soit qu'elle borde une rivière non navigable ni flottable; l'art. 556, qui attribue le profit de l'alluvion au propriétaire riverain, ne fait aucune distinction.

Il en est de même relativement aux relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Dans ce cas prévu par l'art. 557 du Code civil, si l'un des époux possède en propre une propriété sur la rive découverte, il profite seul de l'alluvion, qui, d'après les principes exposés, prend immédiatement la qualité de propre appartenant à l'immeuble auquel elle accède.

Mais il y a plus de difficulté dans l'hypothèse prévue par l'ar-

(1) V. *suprà*, nos 366 et suiv.

(2) V. Pothier, *loc. cit.*; Renusson, *Tr. des propres*, ch. I, sect. XI, n° 7.

(3) *De la communauté*, liv. I, ch. V, sect. II, dist. 3, n° 5 (édit. de 1709, p. 108). V. aussi Pothier, *loc. cit.*

ticle 559, celle où, soit un fleuve, soit une rivière, navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. Dans ce cas, l'art. 559 permet au propriétaire de la partie enlevée de la réclamer, pourvu qu'il forme sa demande dans l'année, délai après lequel il est déchu, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie n'ait pas encore pris possession. Mais supposons que le champ auquel la partie enlevée a été unie soit possédé par une personne mariée en communauté, et qu'il soit un propre entre ses mains : la partie unie à ce champ par la force des eaux sera-t-elle un propre ? On peut dire ici que l'accession s'est opérée, non plus par l'effet d'une cause ancienne et préexistante, non plus par une succession de temps, ni par la vertu de la propriété qui incorpore et réunit à soi les portions ajoutées par l'alluvion ; mais par l'effet subit et instantané d'un courant impétueux qui, déchirant le fonds riverain, ajoute tout à coup la portion ainsi enlevée à l'autre fonds ; on peut dire par conséquent que l'accession s'est opérée *ex causâ novâ*, et partant que le terrain enlevé ne devant pas être considéré comme constituant la substance même du fonds propre au conjoint, il ne doit pas avoir cette qualité mais bien celle de conquêt (1). Toutefois, même dans ce cas, nous inclinons à penser que la terre enlevée est propre à l'époux aussi bien que la propriété à laquelle ce terrain a été ajouté. En définitive, il y a incorporation *per modum unionis ;* et lorsque cette incorporation a eu lieu et se trouve consommée par le silence du propriétaire dépossédé et par la prise de possession du propriétaire investi, il y a une réunion dont il ne reste aucune trace : désormais il devient impossible de distinguer la portion réunie de la propriété première et d'en opérer la séparation. D'un autre côté, ici comme dans le cas de l'alluvion proprement dite, on peut dire, selon l'expression de Lebrun, que l'accroissement se fait à la chose et non à la personne. Comment donc tout ne serait-il pas confondu sous la même condition et considéré comme la même substance ?...

Enfin, par une application toute naturelle de l'art. 563 combiné avec les règles de la subrogation que nous expliquerons à la distinction suivante, si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, le conjoint qui avait en propre la propriété d'une

(1) Tel est l'avis de MM. Battur, t. I, n° 220, et Dalloz, t. X, p. 189, n° 48.

partie du fonds nouvellement occupé, prendra l'ancien lit abandonné dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé. Et cette part que l'art. 563 lui accorde *à titre d'indemnité* sera un propre pour cet époux comme était la propriété à laquelle cette part est subrogée.

455. Quant aux îles, îlots et atterrissements, la loi distingue entre ceux qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables et ceux qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables. Dans le premier cas, les îles, îlots ou atterrissements appartiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire; dans le second cas, ils appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée; et si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (art. 560 et 561).

D'après cela, on comprend, quant aux îles formées dans les rivières non navigables ni flottables, qu'elles participent de la nature et des qualités des propriétés riveraines: en sorte que si ces propriétés constituent des propres entre les mains de l'un des époux, l'île ou la portion en revenant à cet époux est également propre pour lui. Il en est de même à l'égard de l'île née dans une rivière navigable ou flottable, en tant que la propriété de cette île attribuée à l'État par l'art. 560, serait détruite par un titre ou par une prescription contraire. Si donc l'île était en tout ou en partie un propre pour l'époux, cet époux profiterait seul des alluvions qui en pourraient étendre les limites: à ce cas s'appliquent les observations présentées au n. 454 (1).

456. La réunion de l'usufruit à la propriété, lorsqu'il s'agit d'une propriété qui appartient exclusivement à l'un des époux, constitue aussi une augmentation dont l'objet peut, suivant les circonstances, être un propre. Il en est ainsi dans le cas où la réunion a lieu par suite de l'extinction de l'usufruit opérée soit

(1) Toutefois, il a été jugé que le propriétaire d'une île située dans une rivière navigable, dont une partie est emportée par la violence des eaux, de telle sorte qu'il ne reste de cette partie aucun vestige apparent, n'a aucun droit de propriété sur l'atterrissement qui s'est formé sur l'emplacement de la partie enlevée, et qui ne s'est réuni à la partie subsistante, de laquelle il est toujours distingué d'une manière apparente, qu'après sa formation complète. *Req. rej.*, 25 avril 1842 (aff. Philippe). Mais cet arrêt, dont la décision nous semble fort contestable, avait été précédé d'observations en sens contraire de la part de M. le conseiller rapporteur. On peut voir ces observations dans le recueil de MM. Devilleneuve et Carette, 1842, 1, 621 et suiv.

par le décès de l'usufruitier, soit par l'expiration du temps pour lequel l'usufruit avait été constitué : cela ne souffre aucune difficulté. Mais si la consolidation a lieu par suite d'une renonciation de l'usufruitier, il faut distinguer : ou la renonciation a lieu à titre gratuit dans l'intérêt de l'un ou de l'autre des époux, alors c'est une donation d'un objet immobilier, et cet objet constitue un propre, suivant les règles auxquelles nous allons arriver ; ou bien la renonciation a lieu moyennant un prix payé à l'usufruitier, alors c'est l'acquisition d'un droit immobilier qui entre dans la communauté comme conquêt, aux termes de l'art. 1401-3° du Code civil (1).

457. Ce n'est pas seulement l'accroissement qui s'opère *naturellement* sur un propre qui emprunte la nature de ce propre ; c'est aussi l'augmentation industrielle, celle qui a lieu par le fait de l'homme pourvu qu'elle opère une union réelle et non de simple destination. Ainsi, lorsque même pendant le mariage il a été construit un bâtiment sur un terrain propre à l'un des époux, ce bâtiment étant censé ne faire qu'une seule et même chose avec le terrain sur lequel il est construit et en étant l'accessoire, c'est le cas d'appliquer la règle *accessorium sequitur naturam rei principalis*, et par conséquent de reconnaître dans le bâtiment la qualité de propre qui appartient au terrain lui-même, sauf néanmoins récompense à la communauté de la part de l'époux propriétaire.

Mais, comme nous l'avons dit, l'union qui serait de simple destination ne ferait pas un propre. Par exemple, si, pendant le mariage, l'un des époux achetait une maison ou une terre voisine d'un héritage à lui propre et que des deux terres ou des deux maisons il n'en fît qu'une, le terrain nouvellement acquis n'aurait pas la qualité de propre : l'union consisterait dans la seule destination du père de famille ; la terre ou la maison serait, dans ce cas, aussi distincte de l'héritage que l'époux possédait déjà, qu'elle l'était avant l'acquisition : ce qui exclut l'idée d'une union réelle.

Il en serait de même si la terre nouvellement acquise avait été comprise dans l'enclos propre à l'un des époux, et dont l'enceinte se serait ainsi trouvée étendue pendant le mariage. Sur ces points, cependant, M. Taulier (2) se prononce en sens contraire, et tel paraît être aussi l'avis de M. Bugnet, qui fait remarquer qu'aux termes de l'art. 1019 (dernière dispo-

(1) *Conf.* MM. Battur, t. I, n° 218 ; Dalloz aîné, t. X, p. 189, n° 47.
(2) V. t. V, p. 54.

sition) ces circonstances seraient suffisantes pour faire comprendre le terrain nouvellement acquis dans le legs de l'enclos. Mais on peut répondre qu'il n'en est pas des règles sur la communauté comme de celles sur les legs ; l'appréciation de l'intention est dominante en matière de legs, et ici l'intention serait essentiellement en faveur du légataire, puisque le testateur après avoir étendu l'enclos qu'il avait légué, aurait pu modifier, s'il l'avait voulu, la disposition de son testament, et que ne l'ayant pas fait il est très-raisonnablement présumé avoir persisté. Au contraire, en matière de communauté, les règles posées doivent être particulièrement consultées ; or, c'est une règle certaine qu'en dehors des cas formellement prévus, les époux ne peuvent pas se créer des propres.

458. *Successions immobilières.* — Les successions immobilières ouvertes au profit de l'un ou de l'autre conjoint, pendant le mariage, constituent une seconde cause de propres résultant d'un titre lucratif : il est rare, en effet, que dans une succession acceptée purement et simplement le passif excède ou même égale l'actif. Ainsi, à la différence des successions mobilières dont l'objet tombe dans la communauté, aux termes de l'art. 1401, n° 1, les successions immobilières font des propres pour l'époux appelé à recueillir comme héritier : tel est le principe posé par l'art. 1404 dont le n° 1 dispose que les immeubles qui échoient aux époux pendant le cours du mariage « à titre de succession, n'entrent point en communauté. » Il n'est pas besoin de rechercher les motifs d'une différence que l'on ne s'explique pas tout d'abord, en pensant que, mobilière ou immobilière, la succession n'en a pas moins son principe dans la même cause, cause essentiellement personnelle, les liens de parenté entre l'époux héritier et le défunt : le législateur s'est probablement déterminé par des motifs analogues à ceux qui ont fait établir la grande différence existante, quant aux droits de la communauté, entre la fortune mobilière et la fortune immobilière des époux au moment du mariage (1). Il n'est pas davantage besoin de s'arrêter aux conséquences qui peuvent résulter de la combinaison de ces deux principes opposés dans le cas où la succession ouverte en faveur de l'un des deux époux est à la fois mobilière et immobilière : c'est un point que nous avons suivi dans tous ses détails (2). Nous n'avons donc à nous occuper ici que de l'applica-

(1) Ces motifs ont été exposés *suprà*, n°s 305 et 309.
(2) V. *suprà*, n°s 356, 357, 330, 431.

tion du principe posé pour le cas spécial d'une succession immobilière ouverte pendant le mariage.

459. La règle est absolue. Tout ce qui est immeuble dans une succession recueillie par l'un des époux pendant le mariage, est un propre pour cet époux. Peu importe qu'il s'agisse d'un bien corporel ou d'un bien incorporel ; la règle comprend l'une et l'autre classe de biens : ainsi, l'époux héritier reçoit en propre, l'action, le droit ou le titre en vertu duquel le défunt pouvait devenir propriétaire d'une chose corporelle appartenant à la classe des immeubles, en sorte que l'époux héritier venant ensuite à se procurer la chose par l'exercice du droit ou de l'action qu'il a recueilli, cette chose est un propre comme le droit ou l'action auquel elle est substituée.

Du reste, tout immeuble ou toute valeur immobilière possédée par le défunt devient un propre pour l'époux qui recueille la succession sans que celui-ci soit obligé de prouver que le défunt avait la propriété. Comme aussi l'immeuble ne laisse pas d'être un propre si le défunt y avait seulement un droit de propriété qui ne s'est réalisé qu'entre les mains de son héritier pendant la durée du mariage de ce dernier. Par cela même on comprend qu'il faut appliquer ici, *mutatis mutandis*, les règles d'après lesquelles l'époux qui revendique un immeuble comme en ayant eu la propriété ou la possession antérieure à son mariage doit justifier son droit (1).

460. Le principe posé par l'art. 1404 est absolu non-seulement en ce sens qu'il comprend tous les immeubles, de quelque nature qu'ils soient, dès qu'ils sont échus à l'un des époux pendant le mariage, mais encore en ce sens qu'il s'applique à tous les titres successifs. C'est ainsi que, dans l'ancienne jurisprudence, on l'appliquait au retrait lignager. Quoique le droit de retrait lignager, dit Pothier (2), « soit né depuis le mariage par la vente qui a été faite durant ce temps d'un héritage que l'un des conjoints avait droit de retirer par retrait lignager, l'héritage que ce conjoint a acquis par le retrait lignager qu'il a exercé est propre de communauté ; car le droit de retrait lignager étant un droit qui, par sa nature, n'est pas cessible, et que le lignager à qui il appartient ne peut exercer pour le compte d'un autre, ni en total, ni pour partie, il s'ensuit

(1) Ces règles sont expliquées *suprà* n. 417 et suiv. : nous y renvoyons le lecteur.

(2) V. *De la communauté*, n° 166.

que le conjoint lignager n'a pu exercer ce droit que pour son compte seul et non pour le compte de sa communauté : d'où il suit que l'héritage qu'il a acquis en vertu de ce droit, et auquel ce droit s'est terminé, lui est propre de communauté (1). » D'après cela, on devrait, si cela pouvait se rencontrer encore, considérer comme propres les biens qui auraient été retrayés par l'un des époux dans le cas d'un mariage contracté sous l'empire de ces principes ; et c'est en effet ce qui a été reconnu dans une espèce particulière, par la cour royale de Paris (2). Toutefois, ces principes ne peuvent être d'aucune influence sur l'avenir, car les lois actuelles n'admettent plus le retrait lignager. Mais les considérations exposées par Pothier peuvent être reproduites à l'occasion du retrait successoral qu'autorise l'article 841 du Code civil. Aux termes de cet article, « toute personne, même parente du défunt qui n'est pas son successible, et à laquelle un co-héritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les co-héritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. » Il en est évidemment d'un tel droit comme de celui de retrait lignager : la cause en est essentiellement personnelle dans le conjoint héritier qui l'exercerait ; c'est un droit éminemment successif ; par conséquent l'immeuble acquis à ce conjoint par la mise en action de ce droit serait incontestablement un propre pour lui (3), sauf à lui à indemniser la communauté pour le prix de la cession qu'elle aurait payé.

461. Mais que décider à l'égard de l'immeuble qui, en

(1) V. *Conf.* Paris, 1815 (aff. de Bosredon). Toutefois, il a été jugé que les époux pouvaient déroger à ces règles en stipulant que les fiefs acquis en retrait lignager, pendant le mariage, seraient compris dans les conquêts. *Req. rej.*, 2 ventôse an XI (aff. Montmaur).

(2) Cette cour a jugé que les biens propres, recouvrés en vertu du droit de retrait lignager, mais avec les deniers de la communauté, ne deviennent pas acquêts de cette communauté, alors même que le remboursement du prix dû par l'époux retrayant à son conjoint, n'a pas lieu dans le délai d'un an, prescrit par l'art. 139 de la *Cout. de Paris*, cet article étant inapplicable au cas de communauté. Arrêt du 18 juillet 1833 (aff. Meunier).

(3) V. *Conf.* MM. Toullier, t. XII, n° 134 *bis* ; Duranton, t. XIV, n° 186 ; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 99 ; Dalloz aîné, t. X, p. 51 ; Zachariæ, t. III, p. 422 ; Bugnet, sur Pothier, t. VII, p. 120, note 2 ; Gilbert, *Code ann.*, sur l'art. 1401, n° 32 ; Odier, t. I, n° 120. — La cour de Bordeaux a fait l'application du principe, mais toutefois dans un cas où il s'agissait d'un mariage antérieur à la promulgation du Code civil, et où il avait été stipulé une simple société d'acquêts. Arrêt du 29 juin 1833 (aff. Raffinet).

vertu du droit de retour consacré par l'art. 747, rentre dans les mains de l'époux donateur? Par exemple, supposons qu'un ascendant a donné à l'un de ses descendants un immeuble qui était conquêt dans sa personne, et que par suite du décès du donataire sans postérité, l'immeuble qui se retrouve en nature dans la succession de ce dernier, est recueilli par le donateur, aux termes de l'art. 747 : cet immeuble est-il, à l'égard de l'époux qui l'a recueilli, un propre ou un conquêt? D'après M. Delvincourt (1), cet immeuble serait un conquêt. Il est bien vrai, dit cet auteur, que dans ce cas, le droit du donateur est un droit de succession, mais dans le sens que le donateur est obligé de contribuer aux dettes et ne peut rien réclamer au préjudice des dispositions faites par le donataire. Mais il n'en est pas moins vrai que c'est, dans le fait, une espèce de résolution de la donation sous les conditions conjointes, si le donataire ne laisse pas de postérité et s'il n'a pas disposé de l'objet donné soit directement par des aliénations, soit indirectement par l'effet d'obligations personnelles par lui contractées. Or, il est certain que la résolution d'un acte remet les choses au même état que si l'acte n'avait pas existé. Dans l'espèce, si la donation n'avait pas existé, l'immeuble serait demeuré conquêt. Donc, etc.

Cette doctrine ne saurait être suivie. En définitive, il ne s'agit pas ici d'un droit de retour tel qu'il était institué dans les pays de droit écrit; le Code civil a consacré dans l'art. 747 un droit qui, du moins quant à sa nature, ressemble à celui qui était admis dans les pays coutumiers. Or, ainsi que le dit Pothier, ce n'était point à titre de réversion comme dans le droit écrit, mais à titre de succession proprement dite que l'ascendant donateur succédait, sous l'empire des coutumes, à ses enfants aux héritages qu'il leur avait donnés ; cela résultait du mot *succéder* que l'on avait employé dans le texte (2). Or, cette expression, *succèdent*, se trouve dans l'art. 747 : le retour légal est donc encore aujourd'hui un droit successif proprement dit. Par suite, dans le cas proposé, la cause acquisitive tombe sous l'application directe de l'art. 1404 dont le n° 1 exclut de la communauté, sans distinguer en aucune manière, tout immeuble acquis pendant le mariage à l'un des époux, à titre de *succession*. Vainement, M. Delvincourt oppose que lorsque le droit de reprendre l'immeuble

(1) V. aux notes, t. III, p. 18 de l'édit. de 1824.

(2) V. *Des successions*, t. VIII, p. 82 de l'édition revue et annotée par M. Bugnet.

donné s'ouvre en faveur du donateur par l'accomplissement des conditions auxquelles ce droit était subordonné, il y a comme une résolution de la donation, résolution par suite de laquelle les choses sont remises au même état. En droit, cette supposition n'est pas exacte. La donation est si peu résolue par l'effet du retour légal, que le donateur, en reprenant la chose donnée, est tenu de supporter toutes les charges que le donataire a pu faire peser sur elle : c'est que le donateur s'était dépouillé d'une manière incommutable ; c'est que le donataire était définitivement saisi de la chose et qu'il aurait pu l'aliéner ou en disposer à son gré. Donc, lorsque par une réunion de circonstances que le législateur a prévues, le donateur reprend l'immeuble dont il s'était dépouillé, il y a non pas une résolution de la donation primitivement faite, mais un titre nouveau, une acquisition réelle faite par le donateur. Et si ce donateur est marié sous le régime de la communauté légale, il acquiert pour lui exclusivement et non pas pour la communauté, car l'acquisition est immobilière et procède d'un titre lucratif, c'est-à-dire d'une cause qui, d'après la disposition expresse de la loi, fait des propres de communauté dès qu'elle transmet des immeubles ou des choses immobilières pendant le mariage.

L'opinion mise en avant par M. Delvincourt ne peut donc pas être accueillie : cette opinion serait parfaitement juste si elle s'appliquait à un immeuble acquis par l'effet d'un retour stipulé dans les termes de l'art. 951 (1) ; alors il est vrai de dire que cet immeuble revient, dans sa qualité première, au même titre entre les mains de celui qui s'en était dépouillé, et partant qu'il est conquêt de communauté s'il était tel au moment de la donation: mais appliquée au retour légal établi par l'art. 747, elle est, par les considérations ci-dessus déduites, dénuée de fondement (2).

462. Par identité de raison, on doit considérer comme susceptible de faire un propre de communauté, le droit de retour établi par l'art. 351 en faveur de l'adoptant. Cet article renferme manifestement la même doctrine que l'art. 747, et en outre il consacre explicitement, pour l'adoptant, l'obligation de contribuer aux dettes et de respecter le droit des tiers.

(1) Sous l'ancienne jurisprudence, cette solution était admise en ce qui concerne le retrait conventionnel. Différent du droit de retrait lignager, qui, on vient de le voir, était incessible, le droit de retrait conventionnel était cessible et capable par conséquent d'entrer en communauté. V. Pothier, *De la communauté*, n° 167.

(2) *Conf.* M. Duranton, t. XIV, n° 187; Glandaz, *loc. cit.*, n° 100.

Il en est ainsi des droits des enfants naturels dans les successions des pères et mères qui les ont reconnus, et des droits de ces derniers dans les biens de leurs enfants naturels prédécédés : ainsi, en un mot, de tous droits qui, dans la pensée de la loi, peuvent passer pour des droits successifs.

463. Il nous reste à traiter d'un cas particulier dans lequel la loi elle-même fait une application toute spéciale et assez exorbitante du principe. Nous voulons parler de la disposition de l'art. 1406 aux termes duquel « l'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité. » Il n'y a pas à se préoccuper ici de l'expression *donateur* que l'on rencontre dans cet article; au fond, la loi autorise ce qu'on appelait autrefois un *accommodement de famille;* elle permet d'établir, par anticipation, une situation qui se serait établie d'elle-même à l'ouverture de la succession de l'ascendant qui transmet l'immeuble à son futur héritier; en un mot elle règle un cas de succession et statue en considération des relations de parenté qui existent entre le cédant et le cessionnaire. C'est ce qu'exprimaient très-bien les auteurs qui ont écrit sous l'empire de l'ancienne jurisprudence à laquelle les rédacteurs du Code ont emprunté la disposition de l'art. 1406. « Les accommodements de famille, dit Pothier (1), par lesquels quelque héritage passe du père au fils, étant regardés par la jurisprudence comme des *avancements de succession*, ces héritages que le fils a eus par quelque accommodement de famille, *étant par conséquent des propres de succession*, ils sont pareillement des propres de communauté, quoique l'accommodement ait été fait durant la communauté. » Tel est le principe que les rédacteurs du Code ont voulu consacrer sans s'en expliquer formellement; par où l'on voit que l'art. 1406 n'est qu'une application spéciale de la règle d'après laquelle les immeubles échus pendant le mariage *à titre de succession* sont des propres pour l'époux héritier.

Cela posé, examinons le sens et la portée de cet article.

464. La loi prévoit deux cas distincts : celui où l'ascendant qui dispose par anticipation d'une partie de sa succession cède la chose en payement de ce qu'il doit au cessionnaire; et celui où il impose au cessionnaire l'obligation de payer les dettes con-

(1) V. *De la communauté*, n° 139.

tractées par lui, cédant, envers des étrangers. Sous l'un et l'autre rapport, la disposition de la loi est doublement exceptionnelle. Elle est exceptionnelle d'abord au point de vue des successions, car elle autorise une sorte de transaction sur une succession future par exception aux principes généraux qui proscrivent ces sortes de transactions ; elle est exceptionnelle ensuite au point de vue de la communauté légale, car elle place en dehors de l'actif un immeuble qui advient à l'un des époux pendant le mariage soit à titre onéreux, soit en payement d'une dette mobilière, c'est-à-dire de deux causes qui, d'après les principes ci-dessus exposés, font des conquêts de communauté. Mais la dérogation de la loi s'explique par la situation même des parties. Il se peut que la convention soit onéreuse pour l'ascendant en ce que ce qu'il abandonne a plus que l'équivalent des charges par lui imposées ou des dettes qu'il a contractées envers le cessionnaire ; il se peut, au contraire, que la convention soit onéreuse pour ce dernier en ce que les charges dont il est grevé égalent ou même dépassent la valeur de l'immeuble qu'il reçoit par anticipation. Cependant, en définitive, la convention ne fait que prévoir et réaliser ce qui se serait réalisé un jour : en cas de bénéfice pour le descendant, celui-ci prend immédiatement ce qu'il est appelé à recueillir plus tard, à l'ouverture de la succession ; et en cas de perte, c'est encore le descendant qui l'aurait supportée à la même époque, sans la cession actuelle : en un mot, les choses sont réglées par avance ; et dès lors il est juste et naturel qu'elles soient réglées précisément comme elles le seraient à l'époque devancée par les parties. Or, c'est à titre d'héritier que l'époux aurait acquis l'immeuble abandonné par l'ascendant ; c'est donc à titre d'héritier qu'il l'acquiert par l'effet de l'abandon ; par conséquent, cet immeuble est un propre, puisque la succession, lorsqu'elle a des immeubles pour objet, fait nécessairement des propres (1).

Cependant, comme il serait contraire aux principes de la matière aussi bien qu'à l'équité que l'un des époux s'enrichît au préjudice de l'autre ou de la communauté, récompense est due par l'époux cessionnaire, soit du montant de la créance en payement de laquelle l'immeuble lui a été abandonné, soit du montant des sommes employées par la communauté à l'acquit des charges de la cession, c'est-à-dire au payement des dettes per-

(1) V. Pothier, *De la communauté*, nos 136 et 139 ; Lebrun, *Des successions*, liv. II, ch. I, sect. I, no 30, édit. de 1775, p. 150-151.

sonnelles de l'ascendant. Cela résulte de la disposition finale de l'art. 1406.

465. Cet article ne fait aucune distinction en ce qui concerne la nature ou l'origine de la dette contractée par l'ascendant envers son descendant. Dès qu'une dette existe de la part de l'ascendant, si l'époux héritier est désintéressé au moyen d'un immeuble abandonné par le débiteur, cet immeuble est un propre de communauté. Telle est la pensée que révèle la disposition générale de la loi. Il n'y a donc aucun motif de n'en pas faire l'application au cas où un immeuble est donné en payement de la dot promise. La question était douteuse sous l'empire du droit coutumier. Certains auteurs estimaient que dans ce cas l'immeuble devait être considéré comme donné en payement de la somme promise : or, ajoutaient-ils, la dation en payement est un acte équipolent à vente, en sorte que, dans l'espèce, c'est comme si le père ou l'ascendant vendait l'immeuble à son héritier. L'immeuble donné en payement doit donc entrer dans la communauté, puisqu'il n'est pas douteux que l'immeuble vendu par un père à son fils, par exemple, serait un conquêt de communauté (1). Cependant cette doctrine n'était pas généralement suivie. On soutenait au contraire que le père en donnant un immeuble à son fils, à la place de la somme qu'il lui avait promise en mariage, n'était pas censé le lui vendre pour le prix d'une somme qu'il lui devait ; qu'il ne faisait qu'exécuter la donation non pas à la vérité *in ipsâ re promissâ*, *sed in re diversâ*, que le fils voulait bien recevoir à la place, et par conséquent que ce dernier était censé tenir l'héritage à titre de donation en avancement de succession (2). Ces considérations sont toutes puissantes aujourd'hui, en présence de l'art. 1406, qui, encore une fois, ne fait aucune distinction, lorsqu'il déclare propre de communauté l'immeuble cédé ou abandonné par père, mère ou autre ascendant à l'un des deux époux pour le remplir de ce qu'il lui doit.

Néanmoins, dans le cas spécial où l'immeuble est donné en payement d'une dot promise à la femme mariée sous le régime de la communauté légale, quelques doutes ont été récemment élevés. On a excipé de l'art. 1553, relatif à la dot de la femme mariée sous le régime dotal, et aux termes duquel « l'immeuble

(1) V. en ce sens Lebrun, *De la communauté*, liv. I, ch. v, sect. II, dist. 1re, nos 71 et suiv.

(2) V. Pothier, *De la communauté*, no 136.

acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage.—*Il en est de même de l'immeuble donné en payement de la dot constituée en argent.* » Mais cet article, dont l'objet direct est de statuer sur le point de savoir si dans le cas qu'il prévoit l'immeuble donné en payement de la dot est aliénable ou non (1), ne peut, sans être détourné de son but, être étendu au régime de la communauté dans lequel il peut être question de dot sans doute, mais non pas d'inaliénabilité. Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé, en principe, que l'art. 1406, en disposant que l'immeuble abandonné par un ascendant à l'un des époux pour le remplir de ce qu'il lui doit, s'applique aussi bien au cas où la dette de l'ascendant consiste dans la somme promise à titre de dot, qu'au cas où cette dette aurait une toute autre cause; et par suite que l'immeuble donné en payement de la dot de la femme mariée sous le régime de la communauté, constitue, suivant les principes du Code civil, comme d'après ceux de l'ancien droit coutumier, un propre de la femme et non un acquêt de communauté (2).

466. Mais la disposition de l'art. 1406 n'en est pas moins exceptionnelle et dérogatoire à un principe général. Il résulte de là qu'elle doit être rigoureusement renfermée dans son cas précis. Par suite, la disposition est applicable dans toutes les hypothèses où le cédant et le cessionnaire se trouvent l'un vis-à-vis de l'autre dans des rapports tels que celui-ci peut être regardé comme éventuellement appelé à recueillir la succession de celui-là. Partant, on doit décider que la cession procure un propre à l'époux cessionnaire, même dans le cas où celui-ci n'est pas au moment de la cession l'héritier présomptif du cédant, ni son successible au moment du décès, si toutefois il doit recueillir un jour ses biens. Telle était la règle déjà sous l'ancienne jurisprudence. Pothier dit, en effet : « Le principe que les donations et legs que nous faisons à nos enfants sont considérés comme succession anticipée... a lieu quand même un aïeul aurait donné à son petit-fils, qui n'était pas son héritier présomptif, le petit-fils étant précédé par son père : car les biens de l'aïeul devant, selon l'ordre et la loi de la nature, parvenir un jour au petit-fils, sinon directement, au moins par le canal de son père, l'aïeul, en les lui donnant, ne fait qu'anticiper le temps auquel ils doivent lui

(1) V. pour le commentaire de l'art. 1553, notre tome second, nos 412 et suiv.

(2) *Req. rej.*, 3 juillet 1844 (aff. Balton-Lacôte).

parvenir, et sauter par dessus le canal par lequel il devait les lui transmettre ; c'est pourquoi ce don peut être considéré comme un avancement de sa succession (1). » Le texte de l'art. 1406, qui parle de la cession faite par le père, la mère ou tout autre *ascendant*, confirme pleinement cette solution.

Mais, hors de ces applications, la nature exceptionnelle de l'art. 1406 exclut toute extension. Par conséquent, la disposition devient inapplicable toutes les fois que la cession est faite à l'un des époux par un autre que le père, la mère ou un autre ascendant. Ainsi, supposons que l'abandon soit fait par le fils à son père, l'immeuble cédé sous l'une des conditions que prévoit l'art. 1406 ne serait point un propre pour le père cessionnaire. En effet, comment considérer cette convention comme constituant un avancement de succession ? Il n'est pas dans les lois ordinaires de la nature que l'ascendant succède à son descendant. Les charges imposées au cessionnaire dans le cas proposé seraient donc le prix *réel* de la cession ; cette cession prenant dès lors le caractère d'une vente, l'immeuble transmis serait par cela même et en vertu des principes généraux, un conquêt de communauté. — Pareillement, si la cession était faite, toujours sous les mêmes conditions, par un étranger ou même par un parent collatéral, par exemple, par un oncle sans enfants, elle ne pourrait pas davantage être considérée comme un avancement de succession puisqu'il n'y a pas dette naturelle de succession, dans le cas supposé, de la part du cédant envers le cessionnaire ; et l'acte regardé soit comme une dation en payement pure et simple, soit comme un contrat à titre onéreux participant de la vente, ferait par cela même un conquêt de la communauté.

467. Ce n'est pas tout : même dans le cas où la cession émane d'un ascendant à la succession duquel le cessionnaire est éventuellement appelé, l'art. 1406 n'est applicable que si l'ascendant est en outre réellement débiteur. Ainsi, en supposant qu'un ascendant qui ne doit rien à son descendant, fasse à ce dernier, marié en communauté, cession d'un immeuble moyennant un prix que le cessionnaire doit payer à lui et non à des tiers dont le cédant serait le débiteur, cet immeuble est un conquêt et non pas un propre pour le cessionnaire. En effet, il y a là une vente ; car quelle que soit la qualité des parties, par-

(1) V. *Introduction générale aux coutumes*, n° 67, t. I, p. 23, de l'édition revue et annotée par M. Bugnet.

tout où il y a un vendeur, un acquéreur, un prix, et une chose transmise, il y a vente. Or, dans le cas supposé, on trouve tous ces éléments. Et puisque la vente a été faite à l'un des époux pendant la durée de la communauté, c'est une conséquence toute naturelle des principes généraux de considérer comme un conquêt l'immeuble transmis. La jurisprudence était déjà fixée dans ce sens, sous l'empire des anciens principes (1); et il est difficile de supposer que les rédacteurs du Code aient entendu y déroger (2).

Toutefois, si le prix stipulé n'était pas en rapport avec l'immeuble abandonné par le cédant, si cet immeuble était d'une valeur de beaucoup supérieure à la somme que le descendant doit payer, la convention pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme constituant une donation avec charges : le cas tomberait alors sous l'application des règles sur la dernière catégorie des propres immobiliers résultant d'acquisitions à titre gratuit faites pendant la durée de la communauté, règles que nous allons exposer.

468. *Donations d'immeubles.* — Dans les principes de la législation coutumière, les héritages ou autres immeubles donnés à l'un ou à l'autre des conjoints, entre vifs ou par testament, étaient des conquêts de leur communauté légale, sauf dans les trois cas suivants : 1° lorsque les donations avaient précédé l'époque du mariage, exception qui comprenait même les donations faites par contrat de mariage; 2° lorsqu'elles constituaient des avancements de succession, exception qui, nous venons de le voir, a été confirmée en partie par l'art. 1406; 3° enfin lorsqu'elles étaient faites à condition que les choses données seraient

(1) On peut voir dans le nouveau Denizart, v° *Acquêts*, § 4, les arrêts rendus en ce sens, et notamment les conclusions de M. l'avocat-général Joly de Fleury, dans lesquelles cette doctrine est exposée avec une remarquable netteté.

(2) Il a été jugé néanmoins que l'immeuble abandonné par contrat de mariage aux futurs conjoints, par l'ascendant de l'un d'eux, doit être réputé propre à l'époux successible, encore que l'abandon ait été fait moyennant une somme stipulée payable au cédant et à lui payée ultérieurement. V. Colmar, 20 janvier 1831 (Furst c. Biehler). Mais le principe posé dans cet arrêt nous semble fort contestable; et nous considérons comme mieux rendue la décision de la cour de Caen, qui, ayant à se prononcer sur une question semblable, a jugé que l'immeuble cédé conjointement à deux époux par le père de l'un d'eux, moyennant une rente foncière et perpétuelle, doit être considéré comme acquêt et non comme propre par application de l'art. 1406. Arrêt du 1er août 1844 (Geffroy c. Langlois et Girard).

propres au donataire. La règle et les exceptions étaient établies par les coutumes de Paris et d'Orléans. La première disposait en ces termes par l'art. 246 : « Chose immeuble donnée à l'un des conjoints pendant leur mariage, à la charge qu'elle sera propre de communauté, ne tombe en communauté; mais si elle est donnée simplement à l'un des conjoints, elle est commune, fors et excepté les donations faites en ligne directe, lesquelles ne tombent en communauté. » La seconde contenait dans son article 211 une disposition semblable ; on l'avait seulement complétée par ces mots sous-entendus dans l'art. 246 de la coutume de Paris : « Mais la chose immeuble donnée à l'un des conjoints par traité et en faveur de mariage, est propre au donataire, s'il n'est dit autrement. » Et comme ces dispositions étaient puisées dans les principes généraux en matière de communauté, on tenait qu'elles n'étaient pas purement locales, mais que, même dans le silence de la coutume, elles devaient être suivies partout où la communauté était admise (1). Ainsi le droit commun, relativement aux immeubles échus par donation à l'un ou à l'autre des époux, créait, du moins lorsque la donation provenait pendant le mariage d'un collatéral ou d'un étranger, un état de choses assez semblable à celui qui existe aujourd'hui relativement aux meubles donnés, lesquels, on le sait, appartiennent à la communauté, sauf le cas où ils ont été réservés propres au donataire par le donateur (2).

Mais, sous ce rapport, les rédacteurs du Code civil ont posé une règle absolument contraire. En effet, aux termes de l'article 1405 : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté. » Ainsi, à l'inverse des coutumes, le Code civil considère toute donation d'immeubles faite pendant le mariage à l'un ou à l'autre des époux, soit qu'elle émane d'un parent de la ligne directe, soit qu'elle émane d'un collatéral ou même d'un étranger, comme faisant des propres, à moins que le contraire ne soit déclaré par l'acte de donation. Quelque habitués qu'ils fussent aux règles établies par la coutume, les rédacteurs du Code n'hésitèrent pas à consacrer cette innovation : on

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 168; Renusson, *De la communauté*, liv. I, ch. III, n^os 19 et suiv.

(2) V. *suprà*, n. 435 et suiv.

en pressent le motif. Lorsqu'un donateur dispose d'un immeuble en faveur de l'un des époux sans parler de l'autre, la présomption est qu'il se propose d'avantager personnellement et exclusivement le donataire. Or, c'était aller directement contre cette présomption que d'attribuer à la communauté la propriété de l'immeuble donné, puisque par là on transmettait à un autre qu'au donataire la moitié de la chose donnée; et même la totalité suivant les circonstances, par exemple dans le cas où la donation étant faite à la femme seule, celle-ci se trouvait plus tard dans l'obligation de renoncer à la communauté. Il était donc parfaitement rationnel de voir, en principe, une cause de propre dans un acte dont le caractère est essentiellement personnel. Dès lors il a fallu s'écarter de la législation coutumière, qui, sauf certaines exceptions se rattachant particulièrement au système des successions, assimilait un tel acte à ceux qui impliquaient le concours des deux époux et le considérait, par conséquent, comme faisant des conquêts pour la communauté. Ainsi ont fait les rédacteurs du Code civil; et probablement que la règle eût été étendue par eux aux donations de meubles, si l'attribution à la communauté des meubles même advenus à l'un des époux par donation, ne leur eût paru, suivant des observations déjà déduites (1), commandée par la nature même de cette espèce de biens.

Ainsi fixés sur les motifs de la loi, il convient d'en suivre les applications.

469. L'art. 1405 parle des donations seulement. Ce n'est pas à dire que la disposition n'en doive être appliquée qu'aux donations entre vifs. Le mot donation est une expression générique commune aux donations testamentaires aussi bien qu'aux donations entre vifs, dès qu'elle n'est accompagnée d'aucune précision qui en limite le sens et la portée. Or, ce mot figure seul dans le texte de l'art. 1405; on en doit donc conclure que le legs d'un immeuble fait à l'un des époux pendant le mariage procure un propre à l'époux légataire, aussi bien que si l'immeuble lui était advenu par l'effet d'une donation entre vifs. La raison de décider est la même : la donation testamentaire n'a pas moins que la donation entre vifs une cause essentiellement personnelle, la prédilection de l'auteur de la libéralité pour la personne gratifiée.

Par ces mêmes motifs, les biens immeubles substitués, dans

(1) V. n. 305, 309.

les cas d'ailleurs fort rares où les substitutions sont permises par la législation actuelle, sont exclus de la communauté par application de l'art. 1405.

470. L'art. 1405 s'occupe des donations d'immeubles faites *pendant le mariage;* celles qui ont précédé le mariage et par conséquent celles même qui sont portées au contrat constatant les conventions matrimoniales, n'y sont pas comprises. Toutefois, ce n'est pas à dire qu'un immeuble donné à l'un des époux avant le mariage, fût-ce même par le contrat de mariage, appartienne à la communauté. L'immeuble donné est, au contraire, un propre pour l'époux donataire ; mais c'est en vertu d'un autre principe que celui consacré par l'art. 1405. Un tel immeuble est déjà devenu la propriété de l'époux au moment du mariage ; il en est ainsi même à l'égard de l'immeuble donné par l'acte qui constate les conventions matrimoniales, puisqu'un tel acte doit nécessairement précéder la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. Or, on sait qu'en ce qui concerne la fortune des époux au moment du mariage, la communauté légale ne s'étend pas aux immeubles. C'est donc en vertu de cette règle que l'immeuble donné à l'un des époux avant le mariage demeure la propriété personnelle de cet époux. Tel est le principe ; et sous ce rapport, la législation actuelle ne diffère pas, quant au résultat du moins, de la législation coutumière. Les coutumes, on vient de le voir, tout en considérant comme des conquêts de communauté les immeubles donnés, autrement qu'en ligne directe, à l'un des conjoints, faisaient cependant exception à l'égard des donations qui avaient précédé le temps du mariage, quoiqu'elles eussent été faites en faveur du mariage et par le contrat même.

Du reste, dans la supposition d'une donation faite par le contrat de mariage lui-même, il y a lieu de maintenir la solution quels que soient les termes du contrat; seulement les formules en usage peuvent quelquefois laisser du doute sur le point de savoir quel est, des deux époux, le donataire véritable, celui par conséquent auquel appartient exclusivement la propriété de la chose donnée. A cet égard, voici quelques règles d'interprétation qui étaient suivies dans l'ancienne jurisprudence.

Dans le cas d'une donation faite conjointement à l'un et à l'autre époux, il n'y avait pas de difficulté sérieuse : l'immeuble donné était un propre et non point un conquêt de communauté ; seulement c'était un propre qui appartenait pour moitié à chacun des conjoints.

Mais lorsque la donation était faite *aux futurs époux*, si l'un des époux était l'enfant ou le descendant du donateur ou même son héritier présomptif en ligne collatérale, la présomption était que l'immeuble donné appartenait à cet époux ; l'on supposait que les mots *aux futurs époux* n'avaient été employés que par rapport à la jouissance qui devait être commune aux deux époux pendant la durée de la communauté.

Bien plus : alors même que la donation était faite à l'un des époux, l'immeuble donné pouvait être réputé un propre pour l'autre époux, non dénommé dans la donation : tel était le cas où un parent de la ligne directe ascendante de la future épouse ou même un proche parent dont elle était l'héritière présomptive dans la ligne collatérale, donnait un immeuble *en faveur du mariage au futur époux :* dans cette hypothèse, le donateur était facilement présumé avoir voulu donner à la future épouse et n'avoir donné *au futur époux* qu'en sa qualité de mari, comme ayant en cette qualité le droit de recevoir et d'accepter ce qui était donné en dot à sa femme (1).

Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque la donation était faite par un parent du futur *à la future épouse*, il n'y avait aucun motif capable de faire regarder cette donation autrement que *comme faite réellement à* la future elle-même. L'immeuble donné était donc pour elle un propre de communauté.

Ces présomptions que Pothier a résumées doivent encore être prises comme règles de solution dans les cas identiques. Le Code civil ne les a pas reproduites, il est vrai, d'une manière expresse ; mais l'application en serait pleinement justifiée par l'art. 1156, d'après lequel on doit rechercher dans les conventions quelle a été l'intention des parties, plutôt que de s'arrêter

(1) Dumoulin, dans son *Comm. de l'anc. cout. de Paris*, quest. 7, n. 100-101, présente cette solution dans l'espèce suivante. Quamvis verba donationis non concipiantur in filiam, sed in futurum generum, *quia nisi specialiter dicatur genero pro se et suis*, non censetur ei data in sponsalitiam largitatem, sed in dubio censetur ei datum in dotem, et pro dote sponsæ, quamvis hoc non dicatur. Quisquis enim in dotem dat, etiam extraneus qui dotare non tenetur, sive concipiat donationem in virum, sive in mulierem, eo ipso quod in dotem dat, *videtur ipsi mulieri dare, non autem viro, nisi in qualitate viri*, sive à promissione, sive à traditione dos incipiat. Manet ergò domus dotalis et profectitia, et proprium matrimonium filiæ. — Cela était généralement admis. V. notamment Pothier, *De la communauté*, n° 170, et Renusson, *ibid.*, part. 1re, ch. III, nos 22 et suiv. Quelques coutumes même avaient autorisé cette présomption et en avaient fait une présomption de droit. Telles étaient les coutumes du Maine, art. 345, d'Anjou, art. 233, et de Troyes, art. 141.

au sens littéral des termes (1). Toutefois, on le comprend bien et cela s'induit aussi de cet article même, les présomptions dont il s'agit ici n'ont rien d'absolu : on doit seulement les admettre tout en laissant à la sagesse des juges, comme d'ailleurs Pothier lui-même en faisait la remarque, le soin de rechercher dans les termes de l'acte et de décider par les circonstances quel est réellement celui des époux que le donateur a entendu gratifier, celui qui par conséquent doit conserver comme propre l'immeuble dont il a été disposé.

471. En excluant de la communauté les immeubles advenus de donations faites pendant le mariage, l'art. 1405 prévoit seulement le cas où la donation est faite en faveur *d'un époux;* la loi dit, en effet : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage *qu'à l'un des deux époux*, ne tombent point en communauté et appartiennent au donataire seul..... » De là quelques auteurs ont conclu, par un argument *à contrario*, que l'immeuble donné doit être considéré comme un conquêt de la communauté lorsque la donation est faite pendant le mariage aux deux époux conjointement par un seul et même acte (2). L'argument *à contrario*, ordinairement peu concluant, est ici, dit-on, plein de force, parce que la disposition de l'art. 1405 est exceptionnelle et qu'il s'agit d'un retour à la règle générale de l'art. 1401, qui fait tomber dans la communauté *tous les immeubles acquis pendant le mariage.*

Nous ne partageons pas cet avis. Arrêtons-nous d'abord au résultat de cette doctrine : nous mettrons par là dans tout son jour le haut intérêt de la question. L'immeuble donné aux deux époux conjointement est un conquêt de la communauté ! C'est donc à dire d'une part que le mari, usant du droit que lui donne l'art. 1421, expliqué à la section suivante, pourra l'aliéner en totalité sans le consentement de sa femme; et d'une autre part que si la femme renonce un jour à la communauté, elle perdra tout droit à cet immeuble (art. 1492) dont elle avait cependant été personnellement gratifiée pour partie ! Mais les considérations mêmes qui ont fait introduire dans la législation nouvelle un principe absolument contraire à celui qui dominait dans l'ancienne jurisprudence relativement aux donations d'immeubles

(1) V. *Conf.* MM. Toullier, t. XII, nos 137 et suiv., et Bugnet sur Pothier, *De la communauté*, no 170, à la note.

(2) V. MM. Toullier, t. XII, no 135 ; Delaporte, *Pand. franç.*, t. V, p. 438; Zachariæ, p. 417 et note 26 ; Mourlon, p. 19 ; Odier, t. I, no 123.

faites pendant le mariage, s'élèvent contre un pareil résultat. N'est-ce pas, en effet, se mettre en opposition formelle avec les idées de justice et d'équité qui ont inspiré les rédacteurs du Code, que de permettre, en présence d'une donation qui atteste de la part du donateur une affection égale pour l'un et pour l'autre donataire, que l'un puisse disposer à son gré de l'objet de la donation ou même, éventuellement, le conserver seul pour la totalité? Voilà une première considération pour attribuer à l'immeuble donné conjointement à l'un et à l'autre époux, la qualité de propre pour chacun jusqu'à concurrence de la moitié. Cette qualité de propre enlève au mari le droit de disposer de l'immeuble autrement que pour sa part, et réserve sa part à la femme, dans tous les cas, même celui de renonciation à la communauté. De cette façon, il est donné aux affections présumées du donateur une satisfaction complète, et à l'acte de donation sa plus raisonnable explication. Remarquons d'ailleurs que le donateur peut très-bien avoir ignoré le régime sous lequel les deux époux étaient mariés.

Rappelons maintenant que dans la pensée de la loi, c'est à cause de leur nature que les immeubles donnés à l'un des époux pendant le mariage sont exclus de la communauté. Or, les immeubles, pour être donnés conjointement aux deux époux au lieu de l'être à un seul, ne sont pas moins des immeubles. Comment donc seraient-ils soumis à un principe absolument contraire à celui que l'art. 1405 a consacré?...

Nous le croyons donc fermement: il suffit, pour qu'un immeuble ait le caractère de propre, qu'il soit échu à titre de donation à l'un des époux ou à tous deux, sans distinction, pendant le mariage : dès que cette origine est prouvée, l'immeuble est un propre : c'est ce qui résulte de l'art. 1402, et cela s'induit, s'il se peut, plus nécessairement encore de cette circonstance que les immeubles advenus pendant le mariage par donation ont été placés, sous le rapport qui nous occupe, sur la même ligne que les immeubles échus par succession (1). Or, on ne dirait pas sans doute que l'immeuble recueilli par deux époux cousins germains

(1) M. Siméon a dit devant le corps législatif, à la séance du 20 janvier an XII : « Hors de la communauté se trouvent et les immeubles que les époux possédaient *avant* leur mariage *et ceux qui leur obviennent par succession ou donation*, car ceux-là ne sont pas le produit de la collaboration commune ; ils sont dus à la libéralité d'un tiers ou à des droits de succession étrangers aux gains de la communauté. » V. M. Locré, *Législ. civ.*, t. XIII, p. 456.

dans la succession de leur oncle dont ils sont héritiers, entreraient dans la communauté par cela seul que l'immeuble a été recueilli conjointement. Pourquoi donc prétendrait-on le contraire quand il s'agit d'un immeuble donné, par un acte fait pendant le mariage, aux deux époux conjointement ?

Ces considérations enlèvent beaucoup de sa force, on en doit convenir, à cet argument *à contrario*, pris d'un texte que l'esprit général de la loi explique et rectifie. Mais cet argument tombe tout à fait devant le rapprochement que l'on peut faire entre l'art. 1405 du Code civil et la disposition correspondante de la coutume qui a fait naître la pensée de cet article. L'art. 246 de la coutume de Paris, on l'a vu, disposait expressément que « chose donnée *à l'un des conjoints* pendant leur mariage, à la charge qu'elle sera propre de communauté, ne tombe en communauté ; mais si elle est donnée *simplement à l'un des conjoints*, elle est commune. » C'est en vue de cette disposition que les rédacteurs du Code ont statué lorsqu'ils ont établi un droit absolument contraire. Il est donc à présumer qu'en empruntant à l'art. 246 de la coutume, la formule exclusive que l'on y remarque pour la faire passer dans l'art. 1405, ils ont été préoccupés uniquement de la pensée de faire mieux ressortir l'opposition qu'ils entendaient établir entre ce nouveau droit et l'ancienne législation. La rédaction de l'article 1405 n'a pas assurément une autre signification, et l'on comprend que renfermer cet article dans les limites restreintes que sa rédaction semble lui assigner, ce serait fausser l'esprit général de la loi et résister aux inspirations de la logique et de la saine raison.

Aussi la plupart des auteurs se sont-ils prononcés dans le sens de notre opinion (1), et la jurisprudence, dans le seul précédent qu'elle offre sur la question, est-elle conforme (2). Quelques auteurs, parmi ceux qui ont soutenu la doctrine que nous combattons, invoquent ce précédent à l'appui de leur solution (3). C'est une indication inexacte; la cour de Toulouse a jugé formellement, par l'arrêt dont nous parlons ici, que l'immeuble donné à deux époux conjointement ne tombe pas dans la communauté et qu'il demeure propre pour moitié à chacun des époux.

(1) V. MM. Delvincourt, t. III, aux notes, p. 19, note 4 ; Battur, t. I, n° 282; Dalloz, t. X, p. 194, n° 53; Duranton, t. XIV, n° 189; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 103; Bugnet sur Pothier, *De la communauté*, n° 170, note 2; Taulier, t. V, p. 59; Gibert, *Cod. ann.*, sur l'art. 1405, n° 2.

(2) Toulouse, 23 août 1827 (aff. Montant).

(3) V. MM. Zachariæ et Odier, *loc. cit.*

A plus forte raison doit-on se décider dans le même sens si la donation faite aux deux époux conjointement contient déclaration expresse qu'elle est faite pour moitié à chacun des époux, ou si elle contient une assignation quelconque de parts. Les auteurs qui, sur la question principale, sont d'un avis contraire au nôtre, reconnaissent tous que l'assignation de parts suffit pour détruire la présomption de conquêt résultant, selon eux, de la disposition faite par un seul et même acte en faveur des deux époux conjointement (1). Bien plus, on faisait cette différence même sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. Pothier enseigne, en effet, que lorsqu'un père, par la donation qu'il avait faite d'un héritage à son gendre et à ses fils pendant leur communauté, avait déclaré qu'il le leur donnait pour appartenir à chacun d'eux pour moitié, il était censé avoir donné une moitié de cet héritage à sa fille et l'autre moitié à son gendre (2).

472. Enfin la règle posée par l'art. 1405 s'applique aux donations faites sous des charges plus ou moins onéreuses, aussi bien qu'aux donations pures et simples : elle s'étend même aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. *Seulement* l'époux auquel la donation aurait été faite dans de telles circonstances ne serait autorisé à retenir l'immeuble donné comme un propre qu'en établissant le véritable caractère de libéralité dans l'acte de transmission. M. Toullier enseigne cependant que si grande que fût la disproportion entre la valeur d'un immeuble donné avec les charges imposées par le donateur à l'époux donataire, cet immeuble serait un conquêt de communauté ; il se fonde sur la disposition de l'art. 1406 qui limite spécialement aux ascendants la faculté de faire des propres de communauté en abandonnant l'immeuble à titre onéreux (3). Mais, nous l'avons dit, l'art. 1406 se rattache d'une manière toute spéciale à la matière des successions considérées comme une cause particulière de propres immobiliers. Il a pour but, comme nous l'avons vu, de faciliter les accommodements de famille et d'assurer la conservation des immeubles dans la même ligne : la loi ne s'occupe là en aucune manière de dispositions faites à titre de libéralité proprement dite, mais bien de cessions onéreuses entre personnes qui se trouvent vis-à-vis l'une de l'autre dans une situation toute particulière. Le principe d'exclusion qu'on

(1) V. les autorités citées aux notes précédentes.
(2) V. *De la communauté*, n° 173.
(3) V. t. XII, n°s 143, 144 et 145.

en fait résulter contre des dispositions qui, quoique faites sous des charges plus ou moins onéreuses, présentent au fond cependant le caractère d'une libéralité faite pendant le mariage en faveur des époux, manque d'une base solide. Nous ne pouvons donc adopter la solution de M. Toullier.

Seulement on peut et l'on doit admettre que si les charges de la donation égalaient à peu près la valeur de l'immeuble donné, la donation équivaudrait à une vente et ferait par suite un conquêt de la communauté. Mais si les charges étaient légères, eu égard à la valeur de l'immeuble donné, le caractère de libéralité prévaudrait : les charges imposées ne suffiraient pas pour effacer ce caractère. L'immeuble serait donc un propre pour l'époux gratifié, sauf l'obligation de désintéresser la communauté jusqu'à concurrence de ce qu'elle aurait déboursé.

473. On voit dans quelle mesure la disposition de l'art. 1405 reçoit son application. Mais dans tous les cas, le donateur est libre de faire fléchir le principe posé par cet article. La loi, tout en déclarant que les immeubles donnés aux époux pendant le mariage sont des propres pour les donataires, réserve le cas où la donation « contient expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté. » La loi statue ici en sens inverse de l'ancienne législation, et c'est la conséquence du changement même qu'elle a fait subir au principe. Sous l'empire de la coutume, lorsque les donations immobilières faisaient des conquêts de communauté, la loi permettait au donateur d'exclure de la communauté l'immeuble par lui donné à l'un des conjoints pendant le mariage, en déclarant que l'immeuble était donné à la charge de demeurer propre au donataire. Aujourd'hui, que les donations immobilières sont, au contraire, des causes de ~~conquêts~~, il appartient au donateur de convertir, par sa seule volonté, cette cause de conquêts en une cause de propres; mais il faut que le donateur énonce expressément sa volonté à cet égard.

Lorsque l'immeuble est donné par une donation entre vifs, la déclaration de volonté doit être faite dans l'acte même; la disposition de la loi est conçue dans ce sens.

Si c'est par un testament que l'immeuble est donné, le testateur peut faire sa déclaration jusqu'à l'époque de son décès; il importe peu qu'elle se trouve dans la contexture de l'acte même contenant la libéralité ou dans une disposition ajoutée, ou même dans un acte différent, un codicille ou un second testament.

D'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, nous croyons avec M. Bat-

tur (1) que la clause qui fait tomber en communauté l'immeuble donné ou légué pendant le mariage, serait valable, quand même le donateur ou le testateur aurait été partie au contrat de mariage, lequel stipulerait que tout bien acquis à l'un des époux, à quelque titre que ce fût, lui demeurerait propre. Le donateur ou le testateur peut évidemment apposer telle condition qu'il veut à une libéralité toute facultative et volontaire de sa part (2).

Que si la donation résulte d'un acte fait sous la forme d'un contrat à titre onéreux, le bénéfice de la donation reste toujours à l'époux donataire, parce que la forme même du contrat est exclusive de la déclaration expresse qui aurait pu faire tomber les choses données dans la communauté (3).

474. Mais le donateur, de même qu'il peut faire tomber dans la communauté l'immeuble par lui donné, pourrait-il, dans le cas où la donation de l'immeuble serait faite à la femme, limiter les droits d'administration du mari, en stipulant, par exemple, que la femme à laquelle cet immeuble doit rester propre, en percevra aussi les fruits ou les revenus sur ses seules quittances? Sous l'ancienne jurisprudence, Duperrier, dans ses questions notables, se prononçait pour la négative. « Bien loin, disait-il, que la novelle de Justinien qui permet de priver le père ou l'aïeul paternel de l'usufruit des choses léguées à ses enfants ou petits-enfants, puisse influer contre le mari, auquel, pour une pareille condition, on ne peut ôter l'usufruit d'un legs qui, par la constitution générale de la dot, se trouve dotal, au contraire elle justifie le droit du mari, parce que s'il a fallu une loi expresse contre le père pour le priver du droit que l'ancienne jurisprudence lui attribuait, il en faudrait aussi une expresse contre le mari pour lui faire perdre l'usufruit que la loi du contrat de mariage lui a acquis. » Sous l'empire du Code civil, quelques auteurs se sont aussi prononcés en ce sens (4). Mais cette opinion a été généralement repoussée par la doctrine et par la jurisprudence (5); et à notre avis elle ne pouvait pas manquer de l'être.

(1) V. *De la communauté*, t. I, n° 239.

(2) V. Pothier, *De la communauté*, n° 178.

(3) V. M. Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conjugale*, n° 110.

(4) V. MM. Delvincourt et Bellot des Minières, t. I, p. 300. On peut voir aussi une consultation délibérée par M. de Vatimesnil, et à laquelle M. Pardessus a adhéré. Rec. de M. Devilleneuve, année 1842, 1, 513.

(5) V. MM. Toullier, t. XII, n° 142; Prudhon, *De l'usuf.*, n°s 283 et suiv.; Duranton, t. XIV, n° 150; Glandaz, *loc. cit.*, n° 23; Dalloz, t. X, p. 195, n° 56; Zachariæ, t. III, p. 447 et note 4; Bugnet sur Pothier, *De la commu-*

Nous avons établi que, sous le régime de la communauté, la femme peut restreindre, par son contrat de mariage, les droits du mari sur les biens qu'elle conserve en propre, et que l'administration de ses propres laissés à la femme n'a rien d'inconciliable avec l'idée de communauté (1). Or, s'il en est ainsi, à plus forte raison les tiers donateurs ou testateurs peuvent-ils réserver aussi, au profit de la femme, la jouissance et l'administration des objets dont ils disposent en sa faveur.

DISTINCTION IIIe. — *Propres immobiliers résultant de certaines acquisitions faites à titre onéreux durant la communauté.*

Sommaire.

475. La loi déroge, en deux cas, au principe qui fait tomber en communauté les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.
476. 1° *Réunion à un propre d'une part indivise du même fonds.* — Texte de l'art. 1408. Cet article contient deux dispositions distinctes : l'une absolue, l'autre toute de protection pour la femme.
477. Exposé de la première disposition.
478. Néanmoins, si absolue qu'elle soit, elle est subordonnée, dans l'application, à certaines conditions.
479. D'une part, il faut qu'il existe réellement indivision dans la propriété de l'immeuble entre l'un des époux et un ou plusieurs autres propriétaires ; mais l'indivision est indépendante de l'étendue du droit appartenant à l'époux ;
480. Et de la manière par laquelle l'époux a acquis ce droit ;
481. Et de la date à laquelle ces droits ont pris naissance, fût-ce même pendant le mariage, pourvu que le droit dans l'indivision soit lui-même un propre.
482. D'une autre part, il faut pour qu'il y ait lieu à l'application du principe d'accession posé par l'art. 1408 que l'acquisition des parts indivises fasse réellement cesser l'indivision.
483. Mais, en ce point, la loi est générale : tout acte quel qu'il soit, dès qu'il produit l'effet indiqué, rend applicable la disposition de la loi.
484. Application de la règle au cas d'acquisition faite par suite d'expropriation ;
485. Et au cas de vente, de cession ou de transaction privées.
486. Transition à la seconde disposition de l'art. 1408.
487. Cette disposition peut être invoquée par la femme mariée sous le ré-

nauté, t. VII, p. 236, note 4 ; Odier, t. I, n° 109. — V. aussi *Conf.*, Paris, 27 janvier 1835 (aff. Brochaud) ; 27 août 1835 (aff. Guérin) ; et 5 mars 1846 (aff. Chéron) ; Nîmes, 18 juin 1840 (aff. Bernard) ; Toulouse, 20 août 1840 (aff. P... de V...) ; *Req. rej.*, 9 mai 1842 (aff. P... de V...).

(1) V. *suprà*, n° 62.

gime dotal aussi bien que par la femme mariée en communauté. — Renvoi.

488. Mais elle ne pourrait l'être par la femme mariée sous l'empire d'une législation spéciale qui n'avait admis rien d'analogue au principe posé dans la deuxième disposition de l'art. 1408. — Application de la règle à la femme mariée sous la coutume de Normandie.

489. La deuxième disposition de l'art. 1408 défère à la femme un droit d'option. Aperçu général de la loi.

490. Circonstances dans lesquelles l'option déférée à la femme peut être exercée.

491. Il faut d'abord que l'acquisition faite par le mari porte sur tout ou partie *d'un immeuble déterminé* appartenant à la femme par indivis avec des tiers;

492. Ensuite que l'acquisition ait été faite *à titre onéreux;*

493. Enfin qu'elle ait été faite *par le mari seul et en son nom personnel.*

494. Par qui l'option peut-elle être faite?

495. A quelle époque elle peut et doit être faite.

496. En quoi elle consiste et quels en sont les effets.

497. 2° *Subrogation à un propre aliéné d'un immeuble acquis en remplacement.* — Cette seconde exception se vérifie dans deux cas : celui d'échange et celui de remploi.

498. *De l'échange.* — L'immeuble reçu en contre-échange d'un immeuble qui était propre à l'un des époux ne tombe pas en communauté. Texte de l'art. 1407.

499. Bien que la loi parle seulement des immeubles, on n'en doit pas moins admettre le principe de subrogation en faveur d'une somme d'argent ou d'un effet mobilier reçu en contre-échange d'un immeuble aliéné.

500. D'un autre côté, bien que la loi réserve seulement une récompense dans le cas où il y a soulte, ce n'est pas à dire que l'immeuble acquis en contre-échange doive nécessairement être considéré comme un propre pour la totalité, lorsque la soulte payée est considérable. *Distinction.*

501. *Du remploi.* — Quoique réglés par la loi sous la rubrique de l'administration de la communauté, les *remplois se rattachent aux dispositions* sur la composition de la masse *commune et du patrimoine de chaque* époux.

502. Le remploi est facultatif en principe; mais il peut être imposé par la convention.

503. Du remploi facultatif. — Texte des art. 1434 et 1435.

504. Le remploi qui a pour objet le remplacement d'un propre du mari résulte de la double déclaration de l'origine des deniers et de la constatation d'emploi.

505. Suite.

506. Cette déclaration doit être faite dans l'acte même d'acquisition.

507. Mais lorsque l'acquisition a pour objet le remploi d'un propre de la femme, la déclaration peut être faite après le contrat d'acquisition.

508. En outre, à quelque époque que la déclaration soit faite, le remploi doit être accepté par la femme.

509. A quelle époque l'acceptation de la femme doit-elle avoir lieu?

510. En quelle forme doit-elle être faite?

511. Quels en sont les effets?
512. Le remploi est fait, en général, après l'aliénation de l'immeuble qu'il a pour objet de remplacer. Mais peut-il être fait par anticipation? Discussion.
513. Quels biens peuvent être remplacés.
514. Quels biens peuvent être acquis en remploi.
515. Du droit d'enregistrement. — Renvoi.
516. Du remploi conventionnel. — C'est celui qui est imposé par le contrat de mariage.
517. Comment doit-il avoir lieu?
518. Quand il doit être effectué.
519. En quelle espèce de biens il doit être fait.
520. Quelle est l'influence de la stipulation vis-à-vis des tiers?
521. Suite.
522. Suite.

475. La loi, comme nous l'avons indiqué n. 438, déroge, dans deux circonstances particulières, au principe général d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté : c'est 1° lorsqu'un époux qui possède un immeuble par indivis avec des tiers, acquiert, par licitation ou à tout autre titre onéreux, la part de ces derniers et la réunit à celle qui déjà formait un propre entre ses mains; 2° lorsque, en vertu d'une fiction de subrogation, des immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage prennent la place d'autres immeubles qui étaient eux-mêmes des propres de communauté.

Ces dérogations s'expliquent d'elles-mêmes.

D'un côté, celui qui, pendant le mariage, acquiert une partie d'un immeuble dont il détient déjà une part à titre de propre, se propose moins de faire une acquisition nouvelle que de sortir de l'indivision existante entre lui et ses co-propriétaires; la loi ne pouvait soumettre cette acquisition à la règle commune, puisqu'alors l'indivision n'aurait cessé d'un côté que pour s'établir de l'autre entre l'époux propriétaire et la communauté; elle a donc voulu que la portion nouvellement acquise fût un propre, et en cela, elle s'est déterminée par cette considération que l'immeuble indivis est le plus souvent un bien patrimonial pour l'époux co-propriétaire, et que, d'ailleurs, en dehors de cette circonstance, il était naturel, dans un cas où il s'agit de la réunion à un propre d'une part indivise, de communiquer à la partie réunie le caractère même et la nature de la partie à laquelle elle est venue s'adjoindre (1).

(1) Sous ce dernier rapport, la dérogation, dans ce cas particulier, au prin-

D'un autre côté, une considération plus décisive, s'il se peut, devait soustraire à la règle commune les immeubles qui, par l'effet d'une subrogation réelle, viennent, pendant le mariage, prendre la place d'autres immeubles propres à l'un des deux époux. En effet, si le Code civil a classé parmi les biens de la communauté les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage par les époux, soit ensemble, soit séparément, c'est que dans une société dont le fonds commun est formé de l'industrie des époux et de toute leur fortune mobilière, ces immeubles ne peuvent être considérés que comme le produit ou la représentation matérielle de ces éléments de l'actif. Mais, précisément, cette supposition se détruit d'elle-même relativement aux immeubles acquis pendant le mariage dans le but unique de remplacer des propres aliénés. Dès que les immeubles nouvellement acquis sont la représentation matérielle d'autres immeubles qui étaient des propres, et non pas le produit du fonds commun, il n'y a plus de prétexte à l'application de la règle générale : ces immeubles devaient être regardés eux-mêmes comme des propres, sauf indemnité, conformément à des règles déjà indiquées et sur lesquelles nous reviendrons bientôt, soit au profit de l'époux, soit au profit de la communauté, suivant qu'il y aurait, en faveur de l'un ou de l'autre, différence entre la valeur de l'immeuble aliéné et celle de l'immeuble nouvellement acquis : ainsi a disposé le législateur.

Les deux dérogations au principe général d'après lequel tout immeuble acquis à titre onéreux pendant la durée de la communauté fait partie de l'actif, sont donc pleinement justifiées. — Mais l'une et l'autre, elles présentent dans l'application des difficultés nombreuses et délicates. Nous allons les exposer et les résoudre.

476. *Réunion à un propre d'une part indivise du même fonds.* — Aux termes de l'art. 1408 du Code civil : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portions d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire indivis, ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

« Dans le cas où le mari deviendrait seul et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité

cipe général qui considère comme une cause de conquêts les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, trouve son appui dans les considérations qui ont été exposées *suprà*, n. 453 et suiv.

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. »

Deux dispositions bien distinctes sont contenues dans cet article : l'une, par laquelle la règle exceptionnelle est formulée d'une manière absolue ; l'autre, toute de protection pour la femme, qui, dans un cas spécial, permet de modifier la première. — Reprenons-les successivement.

477. Lorsque l'un des époux, le mari ou la femme, est personnellement propriétaire d'une part indivise dans un immeuble, s'il arrive que cet époux acquière, moyennant un prix, la portion de son co-propriétaire, cette portion, quoique acquise à titre onéreux pendant le mariage, *ne forme point un conquêt :* tel est le principe, et, comme nous l'avons dit, ce principe est absolu, en ce sens du moins, qu'il est commun aux deux époux, au mari et à la femme.

Il importe donc peu que l'acquisition soit faite au nom de l'un ou de l'autre ; dans tous les cas, la chose acquise devient la propriété exclusive de celui-là seul qui était propriétaire pour partie.

De même, il est sans importance que l'acquisition soit faite par les deux époux conjointement ; cette circonstance, qui se réalise ordinairement lorsque c'est la femme qui est déjà propriétaire pour partie, ne fait pas que la portion nouvellement acquise ne soit pas un propre pour elle. L'intervention de l'époux non propriétaire ne peut être considérée que comme ayant eu lieu à raison de la jouissance de l'immeuble acquis (1).

Bien plus, dans la supposition où le contrat d'acquisition constaterait une déclaration d'après laquelle l'acquisition serait faite tant pour le mari que pour sa femme, la portion nouvellement acquise n'en serait pas moins un propre pour celui des époux qui était, avant la réunion des parts indivises, propriétaire pour partie (2). La loi dispose d'une manière absolue ; elle dit expressément que dans les circonstances par elle prévues, *l'acquisition ne forme pas un conquêt ;* une déclaration contraire ne saurait détruire cette disposition formellement prohibitive. Sans doute un

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 152. *Conf.* Caen, 25 février 1837 (aff. Malassis-Cussonnière).

(2) *Conf.* Nancy, 18 mai 1838 (de Reinsvald c. Fabvre et Bacchus).

immeuble qui par sa nature est exclu de la communauté, peut très-bien, par l'effet de la convention des parties, entrer dans l'actif social: c'est là notamment l'effet d'une clause d'ameublissement (1). Mais il faut que cette stipulation ait été expressément faite dans le contrat de mariage. Hors de là, on ne pourrait donner effet à une convention dont la conséquence serait de faire tomber dans la communauté un bien que la loi en exclut formellement, sans porter par cela même atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Voilà pourquoi, dans le système de la communauté légale, qui suppose un contrat tacitement intervenu entre les parties, contrat d'après lequel l'actif de la communauté ne doit se composer que de ce que la loi y fait expressément tomber, une déclaration des époux ne peut suffire pour imprimer à l'acquisition faite dans les circonstances prévues par l'art. 1408, le caractère de conquêt que cet article lui refuse positivement. Ainsi donc, nonobstant la déclaration, un notaire liquidateur ne devrait considérer l'objet de l'acquisition que comme un propre pour celui des époux qui était, avant la réunion des portions indivises, propriétaire pour partie, sauf indemnité pour la communauté jusqu'à concurrence de la somme qu'elle aurait employée à l'acquisition.

C'est en ce sens que le principe posé dans la première disposition de l'art. 1408 est un principe absolu. D'ailleurs cela s'explique par la pensée qui a inspiré le législateur. Évidemment, la loi est partie de cette règle générale admise en matière de succession et d'indivision que l'immeuble acquis par l'un des cohéritiers ou co-propriétaires est censé avoir passé pour la totalité entre les mains de celui qui l'a acheté et au même titre que pour la part qu'il possédait auparavant (2). Ainsi, c'est en vertu de la fiction de la loi, fiction agissant par elle-même et en dehors de la volonté des époux, que la portion réunie à la part de l'un d'eux, prenant la nature et la qualité de cette part, devient un propre de communauté parce que cette part elle-même était un propre. Or, cette fiction est une dans son principe. Elle doit donc subsister et produire son effet quel que soit l'époux originairement propriétaire de la part à laquelle l'acquisition vient adjoindre les parties indivises.

478. Néanmoins, si absolue qu'elle soit, la règle posée dans

(1) V. sur cette clause et ses effets notre tome II, nos 140 et suiv.

(2) V. les observations de M. Tronchet dans la discussion de la loi au conseil d'état. Locré, t. XIII, p. 190 *in fine*.

l'art. 1408 est subordonnée, dans son application, à l'accomplissement de certaines conditions. Il faut, dans la pensée de la loi, que l'indivision existe réellement et que l'indivision cesse réellement par l'effet de l'acquisition. Examinons donc dans quelles circonstances on peut dire que l'indivision existe réellement, et voyons quels sont les actes que l'on doit considérer comme susceptibles de la faire cesser.

479. L'indivision est tout à fait indépendante de l'étendue du droit appartenant à l'époux sur l'immeuble dont la propriété repose sur plusieurs têtes. Sous l'ancienne jurisprudence, les auteurs qui ont traité de la matière, raisonnent, en général, dans la supposition où l'un des époux aurait une *moitié* dans l'immeuble indivis. C'est aussi dans cette supposition que le principe posé dans l'art. 1408 a été discuté par les rédacteurs du Code civil (1). Mais ce n'était évidemment qu'une hypothèse faite dans un pur intérêt de discussion; ce n'était pas le résultat d'une règle; rien n'établit, en effet, qu'à aucune époque on ait exigé que le droit de co-propriété de l'époux fût de moitié pour que cet époux pût se rendre propre l'autre moitié en la réunissant à la première. Une co-propriété quelconque suffit donc pour opérer l'indivision; si faible que soit la part indivise de l'un des époux dans un immeuble, et par conséquent si élevée que soit la somme prise dans la communauté pour acquérir les autres portions de l'immeuble, l'époux co-propriétaire n'en a pas moins la faculté d'invoquer le bénéfice de l'art. 1408.

480. De même, lorsque l'indivision existe réellement, on ne doit se préoccuper en aucune manière d'en rechercher l'origine. D'une part, on ne distingue plus, comme on le faisait autre-

(1) Voici notamment ce qu'on lit dans le discours de M. Siméon : « Cette règle, que les immeubles achetés pendant le mariage font partie de la communauté, avait donné lieu à une question. L'un des époux avait en propre *la moitié dans un immeuble qu'il possédait par indivis avec un tiers*. Cet immeuble était licité; l'époux co-propriétaire en devenait acquéreur. *La moitié* par lui acquise entrait-elle en communauté? Elle semblait devoir y entrer..... Mais alors l'indivision que la licitation devait faire cesser aurait continué; l'époux *co-propriétaire de la moitié* et acquéreur de l'autre aurait eu en commun avec son conjoint l'autre moitié acquise. On décidait que l'époux acquéreur se rendait propre la portion qu'il achetait à la charge d'indemniser la communauté de la somme qu'il y avait prise pour son acquisition. Cette décision, que la jurisprudence avait bornée au seul cas de la licitation sur une succession, a été justement étendue à tous ceux où l'un des époux réunit une part d'immeuble à celle qui déjà lui était propre. » (V. M. Locré, *Législ. civ.*, t. XIII, p. 456-457.)

fois, l'indivision primitive de l'indivision formée à la suite d'un premier ou de plusieurs partages. D'un autre côté, il n'importe de quelle manière l'époux a acquis ses droits de co-propriété dans l'immeuble indivis. La disposition de la loi avait été conçue d'abord dans une pensée plus restreinte ; elle était limitée à « l'immeuble acquis par licitation *sur une succession échue à l'un des époux* et dont ce dernier était propriétaire par indivis. » Mais le tribunat fit observer « que la disposition de l'art. 1408 ne devait pas seulement avoir lieu lorsqu'il s'agirait d'acquisition sur licitation d'un objet provenant de succession à l'un des époux, mais bien encore lorsqu'il serait question *d'immeubles indivis à quelque titre que l'un des époux y eût une portion....* (1). » D'après ces observations, la disposition de l'art. 1408 a été rédigée dans une pensée tout à fait générale : il est donc indifférent maintenant que l'un des époux soit devenu co-propriétaire par succession, par donation entre vifs, par testament, par achat ou à tout autre titre, la seule chose nécessaire étant l'indivision, quant à la propriété de l'immeuble, entre l'époux et un ou plusieurs autres co-propriétaires.

481. Enfin, il importe peu que cette indivision se soit formée *avant* ou pendant le mariage, pourvu que le droit de l'époux dans cette indivision soit lui-même un propre de communauté. Lorsque l'un des époux acquiert des parts indivises et les réunit *à une part à lui propre dans le même fonds, l'une des conditions* essentielles pour que cet époux puisse se prévaloir du principe d'accession établi par l'art. 1408, est que l'indivision existe au moment de l'acquisition nouvelle. Dès que cette indivision se produit, dès que l'un des époux possède en propre une part dans un immeuble dont les autres parties appartiennent à un ou à plusieurs autres co-propriétaires, on n'a pas à rechercher le moment auquel cet état de choses s'est formé : antérieur ou non au mariage, il porte en lui-même le principe d'un droit dont l'exercice doit nécessairement entraîner les conséquences déterminées par l'art. 1408. C'est donc à tort que M. Toullier (2), partant d'une supposition contraire, semble croire que l'art. 1408 est applicable seulement dans le cas où les droits de co-propriété de l'un des époux existaient déjà antérieurement au mariage.

Telle paraît être aussi l'opinion de M. Odier (3), d'après un passage assez peu précis de son traité récent sur le contrat de ma-

(1) V. M. Locré, t. XIII, p. 128 et 247.
(2) V. t. XII, nos 136 et 139.
(3) V. t. I, nos 133 et 136.

riage où on lit : « ... peu importe de quelle manière l'époux était devenu co-propriétaire, soit par succession, soit par donation, soit par legs, soit par achat ou par tout autre titre. Peu importe encore à quelle époque *il a acquis ses droits dans l'indivision, fût-ce même après le mariage ; la condition seule essentielle est que l'indivision elle-même fût née avant le mariage, car c'est à cette époque que l'acquisition de parts remontera alors nécessairement, et cela suffit pour empêcher que cette acquisition ne forme un conquêt.* » Nous l'avouons tout d'abord, il ne nous a pas été possible de combiner les diverses parties de cette dernière formule. Quoi qu'il en soit, M. Odier pose en principe que « la condition essentielle est que l'indivision elle-même soit née avant le mariage : » sous ce rapport, il est aisé de démontrer que telle n'est pas la pensée de la loi. Ainsi, supposons qu'au moment du mariage, un parent dont l'un des époux est l'héritier présomptif en concours avec d'autres héritiers, existe et possède pour toute fortune un seul immeuble. Certes, tant que l'auteur commun est vivant, il n'y a pas d'indivision relativement à cet immeuble, détenu qu'il est par un seul propriétaire ; car si les héritiers de ce propriétaire doivent recueillir cet immeuble un jour, leur droit n'a quant à présent rien d'actuel. Mais l'auteur commun meurt : c'est alors que l'indivision s'établit entre les divers héritiers, parmi lesquels nous avons compté l'un des époux. Voilà donc une indivision qui s'est produite seulement pendant le mariage de cet époux. Si plus tard cet époux acquiert les portions indivises de ses co-héritiers, dira-t-on que les parts nouvellement acquises ne seront pas des propres? Dans le système de M. Odier, il faudrait aller jusque-là, puisqu'en fait il n'y a pas eu d'indivision antérieure au mariage, et qu'ainsi se trouverait défaillie l'une des conditions auxquelles, d'après M. Odier, serait subordonnée l'application du principe d'accession établi par l'article 1408. Mais, en droit, cela ne paraît pas soutenable. — Le principe de la loi étant fondé, comme M. Odier le reconnaît lui-même, sur la supposition que l'immeuble acquis par l'un des co-héritiers est passé, pour la totalité, entre les mains de celui qui l'a acheté et au même titre que pour la part qu'il possédait auparavant, il faut nécessairement admettre, dans le cas supposé, que l'immeuble entier est un propre, sauf le droit à une indemnité en faveur de la communauté, puisque la part acquise à l'époux lui-même lui étant échue dans une succession purement immobilière, était par cela même un propre d'après l'art. 1404, n° 1, précédemment expliqué.

Il faut donc le reconnaître : la théorie de M. Odier et celle de M. Toullier sont trop absolues. Sans doute il peut arriver que l'acquisition des parts indivises d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire pour partie ne fasse des propres que tout autant que l'indivision a existé avant le mariage. Mais il faut pour cela que l'indivision procède d'une convention qui, en la supposant faite pendant le mariage, n'aurait produit que des conquêts. Ainsi en serait-il d'une acquisition à titre onéreux. Il est clair, en effet, que si une acquisition était faite à titre onéreux pendant le mariage par l'un des époux en concours avec d'autres personnes, cette acquisition, sauf les cas de subrogation réelle dont nous allons parler, ne produirait qu'un conquêt, en sorte que l'époux venant ensuite à réunir à sa portion les parts indivises des autres co-propriétaires, l'acquisition nouvelle ne pourrait pas faire des propres. Mais cela ne fait pas qu'une indivision formée même après le mariage ne puisse pas réaliser l'une des conditions auxquelles est subordonnée l'application du principe d'accession établi dans l'art. 1408. Toutes les fois que l'indivision procède d'un fait ou d'un acte *susceptible de faire un propre*, par exemple de l'ouverture d'une succession immobilière, d'une donation ou d'un legs immobilier, la condition est réalisée, encore même que l'acte ou le fait ne se soit accompli que pendant le mariage. Tout se réduit donc, sur le point de savoir si l'indivision même établie pendant le mariage, répond aux exigences de la loi, à discerner le titre d'où cette indivision procède ; et nous pensons avoir exprimé une formule exacte qui embrasse en même temps toutes les situations, lorsqu'au début de cette discussion nous avons dit : *Il importe peu que l'indivision se soit formée avant ou pendant le mariage, pourvu que le droit de l'époux dans cette indivision soit lui-même un propre de communauté.*

482. La seconde condition à laquelle est subordonnée l'application du principe exceptionnel d'accession établi par l'article 1408, est que l'acte d'où cette accession doit résulter fasse réellement cesser l'indivision dont l'existence forme, comme on vient de le voir, la première des conditions virtuellement exigées par la loi. La disposition de la loi resterait donc sans application si le partage était déjà consommé au moment où l'un des époux réunirait à la part qu'il possédait dans l'immeuble la part distincte et individuelle que d'autres propriétaires auraient dans le même fonds. Si la réunion de ces parts avait lieu moyennant un prix, l'opération rentrerait sous l'application du principe

général qui fait tomber dans la communauté les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage : les parts nouvellement acquises formeraient donc des acquêts, quand même la part dont l'époux était propriétaire serait elle-même un propre entre ses mains. C'est un point qui a été reconnu par la cour de Douai dans une espèce où quatre cinquièmes d'un immeuble n'avaient été réunis au dernier cinquième appartenant à l'un des époux, qu'à une époque où un partage déjà consommé entre les divers intéressés avait désormais fixé les parts et distingué celles de chacun d'eux (1). Il est à remarquer même que dans l'espèce, le mari auquel appartenait primitivement le cinquième de la propriété avait construit sur l'héritage entier, après en avoir acquis les diverses parties, un corps de ferme qui avait rendu la jouissance indivise. Les juges ont pensé avec raison que cette circonstance même ne pouvait rendre applicable la disposition de l'art. 1408. En effet, la construction ultérieure d'un corps de ferme sur la totalité de l'héritage, tout en réunissant ainsi par destination et améliorant les deux corps de terre, tout en rendant même leur jouissance indivise, n'avait pu néanmoins changer, en droit comme en fait, la nature de chacun de ces corps de terre, ni faire, en conséquence, que les quatre cinquièmes vendus et acquis distinctement de l'autre cinquième et d'une manière déterminée, aient été joints par accession au cinquième qui était un propre du mari, et n'aient point été, au contraire, comme de droit commun, conquêt de communauté.

483. Mais, si l'indivision existe encore réellement, toute opération qui la fait cesser satisfait aux prescriptions de la loi et en rend par conséquent la disposition applicable, dès que cette opération a pour effet de faire passer entre les mains de l'un des époux une portion d'un immeuble dans lequel cet époux avait en propre une part indivise. C'est ce que l'art. 1408 a eu pour but d'exprimer en se servant de ces expressions générales : « L'acquisition faite pendant le mariage, *à titre de licitation ou autrement...* » (2). Par là, le législateur moderne a fait cesser une controverse qui s'était produite sous l'empire des anciens principes. Quelques auteurs, en effet, enseignaient que l'acquisition à titre de licitation ne faisait pas l'immeuble propre, et la jurisprudence présentait quelques arrêts qui s'étaient prononcés en ce

(1) Arrêt du 10 mars 1828 (Debayeux c. Brabant).

(2) V. *suprà*, n. 479, à la note, les observations présentées par M. Siméon devant le corps législatif.

sens (1). Toutefois, la doctrine contraire était plus généralement adoptée. La plupart des auteurs avaient fini par reconnaître que la licitation, de même que le partage, était non pas un titre d'acquisition, mais un acte purement déclaratif des parts acquises à chacun des co-licitants dans la succession ; et par suite qu'au moyen de l'effet rétroactif attribué à la licitation, de même qu'au partage, l'adjudicataire était censé avoir succédé immédiatement au défunt pour tout l'héritage, à la charge de payer à ses cohéritiers leur part dans le prix, et n'avoir rien acquis de ses cohéritiers, lesquels de leur côté étaient censés n'avoir jamais eu aucune part dans l'immeuble licité. Cela posé, la plupart des auteurs tenaient que l'immeuble adjugé par licitation à l'un des héritiers lui était propre pour le tout, en matière de succession, et par conséquent que, sauf récompense à la communauté, il était également propre de communauté, suivant la règle que tous les immeubles propres de succession étaient aussi toujours propres de communauté (2). Du reste, ces règles étaient appliquées par ceux des auteurs qui les avaient admises : 1° soit que l'immeuble licité fût impartageable, soit qu'étant partageable, les parties eussent jugé plus à propos de le liciter ; 2° soit que la licitation eût été faite devant le juge, sur assignation ; 3° soit qu'elle eût été faite volontairement par un acte devant notaire ; 4° soit enfin que la licitation fût faite entre les héritiers seulement, ou avec des étrangers admis à enchérir pourvu que l'un des héritiers fût demeuré adjudicataire. La raison de considérer la licitation comme une espèce de partage étant tirée de ce qu'elle tend au même but, la fin de l'indivision, on devait, disait-on, lui attribuer les mêmes effets dans tous les cas où cette raison se rencontrait (3).

(1) V. notamment Ferrière, *Cout. de Paris*, art. 326, glos. 1, § 3, n° 11 ; Renusson, *Des propres*, ch. 1, sect. v, n^os^ 11 et suiv., et l'arrêt du 23 juin 1660, rapporté par ce dernier auteur.

(2) La réciproque n'était pas admise ; ainsi les propres de communauté n'étaient pas toujours propres de succession. V. Pothier, *De la communauté*, n^os^ 106 et suiv.

(3) Ces idées ont été exprimées par Dumoulin, sur l'art. 33 de l'*Anc. Cout. de Paris*, n. 73, où on lit : « Licitatio et assignatio non est contractus per se principaliter subsistens, et separatus a divisione, sed executio et finis divisionis cœptæ... » Plus bas, Dumoulin ajoute : « Et sic non obstante, totus contractus dicitur divisio, et consequenter nulla jura debentur pro re assignata etiam pro rata pecuniæ datæ socio vel sociis, non obstat quòd extraneus licitator fuit admissus quia victus fuit et repulsus, ex quo res remansit socio, et sic idem ut ac si solum inter socios fuisset licitata, ex quo extraneus non fuit ad-

Envisagé dans la généralité de ses expressions, l'art. 1408 a eu évidemment pour but de consacrer cette dernière doctrine et de couper court aux difficultés qu'elle avait soulevées. Ainsi, il y a lieu à l'application de cet article, soit que l'indivision cesse par l'effet d'une licitation ou d'une vente aux enchères (1), soit qu'on ait employé les formes judiciaires de l'adjudication, pourvu qu'en définitive l'époux co-propriétaire soit demeuré adjudicataire.

484. Mais sous l'empire du Code civil aussi bien que dans l'ancienne jurisprudence française, l'application de la règle a rencontré de l'opposition dans le cas où l'un des époux se rend adjudicataire de la totalité d'un immeuble vendu par expropriation forcée sur lui et sur ses co-propriétaires. Ainsi, nous supposerons que l'un des époux, en concours avec d'autres personnes, détienne comme héritier sous bénéfice d'inventaire des immeubles dépendants d'une succession; chargé de payer les dettes de la succession, il néglige de le faire; les créanciers saisissent, ils poursuivent l'expropriation, et l'adjudication est prononcée en faveur de l'époux : l'adjudication procure-t-elle un propre à cet époux ou un conquêt à la communauté?

Dans les anciens principes, la jurisprudence était partagée. M. Merlin (2) cite deux arrêts, l'un du 13 juin 1662, l'autre du 26 mai 1696, par lesquels il fut jugé que les lods et ventes sont dus par l'héritier bénéficiaire, pour l'adjudication qui lui est faite. Ces arrêts reconnaissent, par conséquent, comme M. Merlin en fait la remarque, qu'il y a mutation de propriété et interversion de titre, puisque les droits n'auraient pas pu être perçus si l'on avait considéré l'immeuble comme propre et l'héritier comme possédant à titre successif. Et, en effet, lorsqu'on interroge ces

missus in effectu... » Les mêmes doctrines ont été admises depuis par Lebrun, *Des successions*, liv. IV, ch. 1er; Duplessis, *Des successions*, liv. III, ch. dern.; Lamoignon, arrêtés, *Titre des propres*, art. 3 (édit. de 1777, p. 50); les annotateurs de Renusson, *loc. cit.* à l'une des notes précédentes; et Pothier, *De la communauté*, nos 145 et suiv.

(1) Cela a été reconnu par la cour d'Amiens, dans une espèce où il a été jugé en outre qu'il n'y a pas même lieu à récompense pour la communauté dans le cas où l'époux a compensé le prix qu'il devait comme adjudicataire de la maison licitée avec la part qui lui revenait dans le mobilier dépendant de la succession. Arrêt du 19 décembre 1837 (aff. Dubois). Sous ce dernier rapport, la décision présente une application des principes que nous avons exposés, *suprà* n. 330 et suiv.

(2) V. *Quest. de droit*, vo *Propres*, § 2, no 5.

arrêts dans la discussion qui les a précédés, on voit que la raison déterminante a été la différence supposée entre le partage ou la licitation d'une part, et l'adjudication sur vente par décret d'autre part. Dans le partage et dans la licitation, disait-on, l'héritier agit en sa qualité d'héritier et, par conséquent, lorsque l'immeuble passe en ses mains il y a passé à titre de succession et par droit de famille ; mais dans la vente par décret, l'héritier qui enchérit et devient adjudicataire ne diffère pas des autres enchérisseurs : il y a deux personnes en lui, le vendeur et l'acquéreur : or, lorsque la vente est faite, il ne lui reste rien de son ancien titre d'héritier.

Quelques auteurs ont reproduit cette doctrine sous l'empire du Code civil pour soutenir que l'art. 1408 est inapplicable dans le cas proposé. Soutenue d'abord par M. Bellot des Minières (1), elle a été admise plus tard par M. Zachariæ (2) : ce dernier, reproduisant au fond le système sur lequel reposent les arrêts précités de 1662 et de 1696, soutient que l'art. 1408 ne statue *que sur l'acquisition de portion d'un immeuble dont l'un des époux est propriétaire par indivis et qu'ainsi la disposition de cet article est étrangère à l'hypothèse dont s'agit, qui rentre sous l'empire de la règle générale posée par l'art. 1401, n° 3. Enfin, cette opinion trouve dans la jurisprudence nouvelle* l'appui d'un arrêt rendu par la cour royale de Paris (3).

(1) *Du contrat de mariage*, t. I, p. 219.

(2) V. t. III, p. 426, note 52.

(3) Arrêt du 2 juin 1817 (Delabarre et Pajot c. Hér. d'Ecquevilly). Cet arrêt, auquel M. Bellot donne à tort la date du 2 juin 1818, statue, il est vrai, sur un différend né sous l'empire des anciens principes. Mais les motifs sur lesquels il repose sont présentés d'une manière tellement générale qu'ils n'auraient pas été différents sans doute, quand même la question eût été régie par les termes de l'art. 1408. On a donc très-bien pu invoquer cet arrêt comme justifiant, même sous l'empire du Code civil, la solution ci-dessus indiquée. Nous n'en dirons pas autant de celui que la cour de cassation a rendu le 24 juillet 1816 dans la même affaire, et qui a prononcé le renvoi sur lequel la cour de Paris a statué. Les auteurs qui ont invoqué cet arrêt comme justifiant la même solution se sont mépris évidemment sur la portée de la décision. Il est vrai que la difficulté était soulevée devant la cour suprême; mais à côté de cette difficulté il en surgissait une autre prise de ce que nonobstant des actes administratifs en vertu desquels l'immeuble en litige avait été partagé et vendu comme acquêt, les juges du fait avaient cru pouvoir disposer des fonds en faveur de la femme ou de ses créanciers. Or, c'est sur ce chef seulement que la cour suprême s'est prononcée ; et en cassant la décision elle a expressément déclaré que l'admission du moyen par lequel elle cassait, la dis-

Toutefois cette théorie n'a pas prévalu et ne devait pas prévaloir. Déjà dans l'ancien droit elle était contredite par la majorité des auteurs, et elle trouvait sa condamnation dans le dernier état de la jurisprudence (1). On tenait que l'adjudication faite par décret ne changeait rien ni à la qualité personnelle de l'héritier bénéficiaire qui s'était rendu adjudicataire, ni à la nature des biens ; et que si cet héritier avait acquis par décret, c'était plutôt pour conserver ce qu'il avait que pour acquérir à un nouveau titre. M. Merlin (2) qui, en ce point, résume l'opinion de Henrys, de Bretonnier, de Guyot, de Valin, en un mot des jurisconsultes les plus accrédités, dit, d'après ces auteurs : « Il y a deux manières de liquider une succession bénéficiaire, à l'amiable ou judiciairement. Si l'héritier paye les créanciers à l'amiable, quand, ayant reçu un million de biens, il acquitterait pour 1,500,000 livres de dettes, les biens resteraient propres, et cependant il les aurait payés et au delà. C'est la même chose lorsque ces biens ont été décrétés et adjugés, et qu'il s'en est rendu adjudicataire... Pour qu'il y eût changement de propriété, il faudrait que l'héritier eût cessé d'être propriétaire au moins quelques instants ; que la propriété eût été en d'autres mains, et qu'il l'eût reprise ensuite à un titre différent. Mais à quel moment assigner cette cessation de propriété ? Est-ce au moment de l'adjudication ? Supposera-t-on que la justice a été propriétaire ? Ce serait une supposition absurde; la propriété des citoyens ne passe point dans les mains de la justice. Mais si la propriété de l'héritier bénéficiaire n'a pas cessé un instant, il est donc propriétaire au même titre, avant et après l'adjudication : il possède donc toujours les biens comme héritier et avec la qualité de propre. »

Ces considérations sont toutes puissantes sous l'empire du Code civil. Aujourd'hui non plus il n'y a pas de propriétaire intermédiaire entre le défunt et l'héritier bénéficiaire ; ce dernier tient du défunt directement l'immeuble qu'il détenait par indivis avec ses co-héritiers, avant l'adjudication, et qu'il détient en totalité depuis cette adjudication. C'est donc cet acte qui fait cesser l'indivision existant jusque-là entre les co-héritiers ; et cela rend l'art. 1408 incontestablement applicable. Car, encore une

pensait de s'occuper des autres moyens présentés par les demandeurs. La difficulté dont il s'agit ici n'a donc pas été abordée par la cour suprême.

(1) V. les arrêts du 2 août 1730 et du 26 mars 1782, rapportés par M. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Propres*, § 2, n° 5.

(2) V. *loc. cit.* et *Répertoire*, v° *Deshéritance*, n° 5.

fois, deux conditions suffisent pour donner tout son effet à la règle d'accession légale consacrée par cet article : l'une, qu'il y ait réellement indivision entre l'un des époux et une ou plusieurs autres personnes, quant à la propriété d'un même immeuble ; l'autre, que l'époux co-propriétaire réunisse à sa part les parts indivises et fasse ainsi cesser l'indivision par licitation *ou autrement*. Or, les deux conditions se réunissent dans l'espèce : car, d'une part, l'indivision existait avant l'adjudication entre l'époux et les autres héritiers bénéficiaires ; et d'une autre part, cette indivision a cessé, au profit de l'époux, par l'effet de l'adjudication qui, consacrant le droit exclusif de cet époux à la totalité de l'immeuble, rentre par cela même dans cette expression générale « *ou autrement* » dont se sert le législateur. Il faut donc admettre, sous l'empire du Code civil, l'opinion qui tendait à prévaloir sous l'ancienne jurisprudence, et c'est en ce sens que se sont prononcés la plupart des auteurs (1).

485. Par identité de raison, l'art. 1408 serait applicable si l'indivision venait à cesser au profit de l'époux co-propriétaire par l'effet d'une vente amiable, d'une cession, d'une transaction ou de tout autre acte équivalent, que les parties, maîtresses de leurs droits, auraient cru devoir faire. Ainsi, si un co-héritier de l'un des époux avait vendu à ce dernier sa part indivise dans un immeuble de la succession, bien que l'acte fût conçu dans les termes d'une vente, il n'en faudrait pas moins le considérer comme tendant à faire cesser l'indivision par rapport à l'immeuble dont une portion est transmise à l'acquéreur. L'immeuble, dans le cas supposé, est donc un propre de communauté, pour le tout, dès que la part jusqu'à concurrence de laquelle l'un des époux était propriétaire, était elle-même un propre entre ses mains. Cela était admis déjà sous l'ancienne jurisprudence (2), et la règle a été appliquée depuis la promulgation du Code, dans

(1) V. MM. Toullier, t. XII, nos 157 et suiv. ; Battur, t. I, no 259 ; Dalloz aîné, t. X, p. 196, no 62 ; Duranton, t. XIV, no 200 ; Devilleneuve et Carette, *Collect. nouv.*, t. V, part. II, p. 285 ; Glandaz. *Encycl.*, vo *Communauté conjugale*, no 120 ; Gilbert, *Code ann.*, art. 1408, no 4 ; Odier, t. I, no 135. — La cour d'Amiens s'était également prononcée en ce sens le 3 mars 1815. Il est vrai que son arrêt a été cassé par celui du 24 juillet 1816, que nous citons à l'une des notes précédentes ; mais, comme nous l'avons dit à la même note, la cassation ne porte pas sur la difficulté ; elle est fondée sur un excès de pouvoir de la part des juges du fait.

(2) V. notamment Pothier, *De la communauté*, no 148.

une affaire administrative, par le conseil d'état (1). Mais il faut que la vente fasse cesser l'indivision d'une manière absolue ; si elle n'était consentie que par quelques-uns des co-propriétaires et non par tous, elle ferait des conquêts (2).

Dans tous les cas, il faut, pour que l'art. 1408 soit applicable, que l'acte en vertu duquel l'époux originairement co-propriétaire devient propriétaire exclusif, soit un acte commutatif. Dans les principes de l'ancienne jurisprudence, la donation pure et simple de sa part indivise dans un immeuble par un co-héritier à l'époux auquel appartenait, en sa qualité de co-héritier, l'autre partie de l'immeuble, ne procurait pas un propre à cet époux, lorsque la donation était faite pendant le mariage (3). C'était la conséquence des principes qui, en thèse générale, assignaient la qualité de conquêts aux immeubles advenus par donation. Aujourd'hui, que l'art. 1405 du Code civil a fait prévaloir un principe absolument contraire (4), il en est tout autrement : la donation, dans le cas supposé, ferait un propre de communauté. Mais il en est ainsi par application de cet art. 1405 et non pas en vertu du principe d'accession légale établi par l'art. 1408. Cette précision n'est pas sans importance : si la part donnée avait la qualité de propre par une application directe de l'art. 1408, cette qualité lui appartiendrait d'une manière absolue ; mais dès que cette part ne tient sa qualité de propre que du principe posé dans l'art. 1405, cette qualité ne lui appartient que tout autant que le donateur n'en a pas disposé autrement en ameublissant l'immeuble donné, ainsi que cet article lui en laisse la faculté (5).

486. Nous bornons aux observations précédentes ce que nous avions à dire sur le principe absolu que consacre la première

(1) V. en effet un décret qui considère comme propre de communauté l'immeuble que le mari acquiert de ses co-héritiers avant le partage des autres biens de la succession, alors même que l'acte d'acquisition a été qualifié vente, et qui sur ce fondement annule un arrêté du conseil de préfecture du département de l'Ourthe, lequel sur la mise en vente de l'immeuble par l'État, aux droits du mari émigré, avait admis la prétention de la femme qui se disait coportionnaire de l'immeuble comme ayant été acquis, à titre de vente, pendant la durée de la communauté. — Décret du 2 février 1812 (Les domaines c. Godard).

(2) C'est un point que nous avons déjà établi. V. *suprà*, n. 358.

(3) V. Pothier, *De la communauté*, n° 149.

(4) V. *suprà*, n. 468 et suiv.

(5) V. *suprà*, n. 473. V. aussi M. Battur, *De la communauté*, n° 255.

disposition de l'art. 1408 : abordons la disposition toute spéciale renfermée dans la deuxième partie du même article.

Dans l'économie de cette disposition, si le mari agissant seul et en son nom personnel devient acquéreur de partie ou de 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'immeuble à la communauté, qui 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.

Cette disposition n'est pas entièrement nouvelle ; elle se rattache à des usages très-anciens dont on trouve le principe dans la loi romaine : nous voulons parler de la loi 78 ff. *de jure dotium*. Le jurisconsulte prévoit, dans le § 4 de cette loi, une indivision existante entre la femme et un tiers, relativement à un immeuble constitué en dot pour partie, indivision tombant devant une action en partage formée par ce dernier : *Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo.* Dans cette hypothèse, l'immeuble étant supposé impartageable, il devait arriver de deux choses l'une : ou l'immeuble entier était adjugé au co-propriétaire de la femme, ou bien il était adjugé au mari maître de la dot ; sauf, dans l'un et dans l'autre cas, le *payement d'une soulte par l'adjudicataire. Si* l'adjudication était faite au co-propriétaire de la femme, la somme que l'adjudicataire devait payer était dotale comme la part de l'immeuble que cette somme représentait : *in dote erit quantitas, quæ socius marito damnatus fuerit.* Si l'adjudication était faite au mari, la part apportée par la femme était seule dotale ; mais à la dissolution du mariage le mari devait restituer à la femme l'immeuble tout entier sans que ni l'un ni l'autre pussent se refuser, le mari à faire la restitution totale de l'immeuble adjugé, la femme à souffrir cette restitution : *quod si marito fundus fuerit adjudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit : divortio autem facto sequetur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio : nec audiri debet alteruter eam æquitatem recusans ; aut mulier in suscipiendâ parte alterâ quoque, aut vir in restituendâ.* La femme devenait ainsi propriétaire, à son insu et même contre son gré, de la partie acquise par son mari dans l'immeuble indivis qui lui avait été constitué en dot.

Admis à la fois dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutumes, le principe de cette loi, dont le but était de protéger

la femme, ne passa cependant dans les uns et dans les autres qu'avec des modifications susceptibles de mieux assurer cette protection. Dans le système de la loi précitée, il pouvait arriver que le mari, par collusion ou autrement, se rendît adjudicataire pour attribuer à sa femme des biens de peu de valeur à un prix exorbitant, et fît ainsi tourner contre elle le bénéfice de la loi. On tempéra donc la rigueur de la loi, tout en admettant le principe que la part acquise par le mari accroissait à la femme ; et dans certains cas, on permit à celle-ci de répudier la propriété, et de faire retomber sur son mari les chances de l'opération qu'il avait faite, en donnant à la femme la faculté de prendre une détermination jusqu'après la dissolution du mariage.

Les rédacteurs du Code civil ont, sur la proposition de M. Tronchet (1), régularisé ce système, déjà admis avant le Code dans quelques pays de coutume et dans les pays de droit écrit, sans y être reçu d'une manière unanime (2).

Telles sont les sources de la loi ; précisons-en maintenant la portée.

487. Empruntée à la législation romaine et à des usages communs aux pays de droit écrit et aux pays coutumiers, la disposition de la loi peut par cela même être invoquée par la femme mariée sous le régime dotal aussi bien que par la femme mariée en communauté. D'ailleurs, c'est l'intérêt des femmes en général que le législateur a eu en vue et non pas seulement l'intérêt de la femme commune. Or, puisqu'il n'est pas contestable que le danger dans la prévision duquel la loi a disposé est aussi présent, pour la femme, dans le régime dotal où le mari a l'administration et la jouissance de la dot, que dans le régime de la communauté, la raison même des choses doit conduire à généraliser la disposition, bien qu'elle soit placée au chapitre de la communauté légale. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (3).

488. Mais remarquons que s'il en est ainsi pour l'avenir, la règle n'est pas aussi absolue pour le cas où le contrat de mariage se place à une date antérieure à la promulgation du Code

(1) V. M. Locré, *Législation civile*, t. XIII, p. 192.

(2) V. Roussilhe, *Traité de la dot*, n. 535 et 536 ; Valin, *Cout. de la Rochelle*, t. I, p. 493 ; Bourjon, *Droit commun de la France, De la communauté*, part. II, ch. X, sect. II, nos 11 et suiv. ; Pothier, *De la communauté*, nos 150 et 151. Mais v. Lebrun, *De la communauté*, liv. I, ch. V, sect. II, dist. 3, n° 10.

(3) Nous revenons plus spécialement sur ce point en traitant du régime dotal. V. t. II, n° 643, et les autorités indiquées en note.

civil. A cet égard, il faut distinguer entre les contrats qui ont été passés dans les pays dont la coutume locale avait consacré le principe de la loi 78 ff. *de jure dotium*, et ceux qui ont été formés dans des pays dont la législation spéciale n'avait admis ni ce principe ni aucun autre principe équivalent.

Nous citerons, par exemple, les usages de l'ancienne Normandie. Dans ces pays, dont la législation sur la matière était toute spéciale (1), non-seulement la coutume ne contenait aucune disposition semblable ou analogue soit à la loi 78 ff. *de jure dotium*, soit à l'art. 1408 du Code civil, mais encore elle prohibait tous actes tendant directement ou indirectement à éluder son art. 410, aux termes duquel les conjoints ne se pouvaient céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce fût, ni faire contrats ou concessions par lesquels les biens de l'un vinssent à l'autre en tout ou en partie, directement ou indirectement. Dans cet état de la législation, il était difficile d'admettre en faveur de la femme un droit analogue à celui que consacre l'art. 1408 du Code civil ; aussi voit-on que la jurisprudence locale ne s'était pas approprié la disposition de la loi romaine, car on cite un seul arrêt qui avait autorisé, il est vrai, la femme à exercer le retrait; mais cet arrêt avait été rendu dans une espèce où l'acquisition était faite par le mari et par la femme *conjointement*.

D'après cela, si nous supposons que dans le cas d'un mariage contracté sous l'empire de cette législation spéciale, le mari a acquis en son nom personnel tout ou partie d'un immeuble indivis entre la femme et des tiers, il faudra décider que la disposition de l'art. 1408 n'est pas applicable, encore même que l'acquisition faite par le mari ait eu lieu après la publication du Code civil. La solution a été expressément consacrée par la cour de cassation, sur le motif que « si d'après la loi matrimoniale des époux il n'était pas interdit au mari de profiter des acquisitions par lui faites des portions d'immeubles dont sa femme était copropriétaire par indivis, et si celle-ci ne tenait d'aucun texte de la loi la faculté exorbitante de réclamer le bénéfice d'une pareille acquisition, à laquelle elle n'avait pas concouru, l'art. 1408 du Code civil et le fait que l'acquisition a eu lieu sous l'empire de ce Code, n'ont pu porter atteinte aux conventions matrimoniales, expresses ou tacites des époux, ni altérer les droits acquis au mari (2). » C'est, comme on voit, une application particulière

(1) V. notre Introduction historique, n° 26, et *suprà*, n° 285, 4°.

(2) *Civ. cass.*, 22 mars 1841 (aff. de Montfleury).

de principes que nous avons eu déjà l'occasion d'exposer (1).

Ainsi fixés sur le caractère de généralité dont est empreinte la seconde disposition de l'art. 1408, venons aux détails que comporte cette disposition.

489. La loi statue dans la prévision d'une acquisition faite par le mari de tout ou partie d'un immeuble indivis entre sa femme et des tiers. Elle suppose que 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 co-propriétaires de la femme, soit enfin de la totalité de l'immeuble. Dans cette situation, la communauté devait-elle, en vertu du principe général qui fait passer dans l'actif les immeubles acquis à titre onéreux pendant la durée de la société conjugale, profiter de cette acquisition ainsi faite par le mari; ou bien est-ce la femme qui en devait profiter de plein droit en vertu de la règle exceptionnelle de l'art. 1408, n° 1? Le législateur a laissé la solution au libre choix de la femme, ce qui est de toute justice. D'une part, en effet, l'application du principe général avait ce danger que la femme, étrangère à l'administration et par conséquent empêchée d'acquérir, pouvait être dépouillée par le mari du droit d'acquérir comme propre un bien patrimonial en totalité. D'une autre part, l'application de la règle exceptionnelle présentait cet inconvénient non moins grave que le mari aurait pu imposer à la femme un marché onéreux. La loi a donc pris un terme moyen : inspirée par un sentiment d'équité, elle a permis à la femme parvenue à une indépendance entière, d'opter entre le principe général et la règle exceptionnelle; 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, dans l'une et dans l'autre alternative, les indemnités telles que de droit.

Cet aperçu général de la loi indique déjà dans quelles circonstances peut être exercée la faculté d'option qu'elle accorde, par qui l'option peut être faite, à quelle époque elle peut ou doit avoir lieu, et quels effets elle produit. Ce sont là autant de points spéciaux sur lesquels il convient de s'arrêter successivement, à cause des difficultés particulières qui s'y rattachent.

490. « Dans le cas, dit la loi, où le mari deviendrait seul et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou

(1) V. *suprà*, n. 165 et suiv.

de la totalité d'un immeuble..... » Ces expressions mêmes révèlent à la pensée que l'option déférée à la femme est subordonnée à la réunion de trois circonstances. 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.*

491. L'acquisition doit porter sur tout ou partie d'un immeuble déterminé ; par conséquent la disposition de la loi ne serait pas applicable si le mari avait fait l'acquisition plus ou moins aléatoire de droits successifs dans une succession mobilière et immobilière à laquelle la femme serait appelée. La femme ne pourrait donc pas alors exercer le retrait que la loi lui accorde dans le cas qu'elle prévoit. On lui opposerait avec succès que ce droit de retrait est un privilége en sa faveur, et que tout privilége devant de sa nature être rigoureusement restreint dans les limites qui lui sont assignées par la loi, les conditions sous lesquelles il est accordé doivent être strictement observées ; et par suite que la loi prévoyant seulement le cas où le mari s'est rendu acquéreur de portion ou de la totalité d'un *immeuble*, corps certain et déterminé, la disposition n'en doit pas être étendue à l'acquisition de droits éventuels et indéterminés comme sont les droits dans une succession mobilière et immobilière.

Telle est la règle : incontestable sous le régime de la communauté, elle nous semble applicable sous le régime dotal. C'est ce que la cour de cassation a expressément reconnu (1).

492. En second lieu, il faut que le mari se rende *adjudicataire ou acquéreur.* Le législateur avait d'abord prévu seulement le cas où le mari se rendait seul adjudicataire sur licitation de l'immeuble dans lequel la femme avait un droit indivis. Mais le tribunat fit remarquer que ce n'était pas seulement dans le cas de licitation que la femme devait avoir l'avantage dont il s'agit, mais que cet avantage devait lui être fait de même dans le cas de toute acquisition volontaire, attendu qu'il y avait parité de motifs (2). C'est d'après ces observations que la loi a été rédigée dans des termes qui embrassent toutes les hypothèses dans lesquelles le mari s'est rendu acquéreur, par adjudication ou autrement.

Ceci toutefois doit être entendu avec une certaine réserve. La loi suppose incontestablement une acquisition à titre onéreux,

(1) *Req. rej.*, 25 juillet 1844 (aff. de Montviol).
(2) V. M. Locré, *Législation civile*, t. XIII, p. 128 et 247.

car elle oblige la femme à restituer le prix à la communauté en cas d'option pour le retrait de l'immeuble. La disposition n'est donc pas applicable si le mari est devenu propriétaire par l'effet d'un legs ou d'une donation à lui fait par les co-propriétaires de la femme. Dans ce cas il n'y a évidemment pas de prix que la femme puisse restituer à la communauté. Tel est aussi l'avis de M. Duranton (1).

Cet auteur enseigne encore avec raison que la même solution doit être étendue au cas où le mari qui s'est rendu adjudicataire ou acquéreur avait lui-même un droit de co-propriété dans l'immeuble indivis. Alors les parts indivises acquises par le mari doivent s'adjoindre à la sienne et lui être propres par suite du principe d'accession consacré par la première partie de l'article 1408.

493. Enfin il faut que l'acquisition ait été faite *par le mari seul et en son nom personnel*. Cette dernière condition exigée par la loi pour que la femme puisse jouir du droit d'option, ne doit pas être entendue dans un sens trop restreint. Ainsi le mari eût-il expressément déclaré dans l'acte qu'il a fait l'acquisition pour le compte de sa femme, celle-ci n'en conserverait pas moins le droit d'option si elle n'avait pas donné mandat à son mari d'acheter pour elle. La déclaration du mari ne peut avoir pour effet d'imposer à la femme une acquisition qu'il ne lui convenait peut-être pas de faire, et par conséquent il importe de lui laisser son droit d'option par l'exercice duquel elle pourra désavouer son mari ou l'approuver, prendre l'acquisition pour elle ou la répudier, suivant sa convenance (2).

La raison de décider est encore la même si le mari a agi non pas en son nom personnel, mais comme chef de la communauté, car en sa qualité d'administrateur de la communauté, il est toujours censé intervenir en son nom personnel dans tous les actes qu'il fait à ce titre.

Mais lorsque la femme a librement manifesté sa volonté de faire l'acquisition pour elle, les conditions de la loi ne sont plus réalisées : la femme s'est alors volontairement engagée ; il ne lui appartient plus de revenir sur sa détermination ; le droit d'option ne saurait donc lui être conservé. Il en est ainsi dans le cas où l'acquisition a été faite par elle-même avec l'autorisa-

(1) T. XIV, n° 202. V. *Conf.* MM. Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conj.*, n° 123, et Taulier, t. V, p. 65.

(2) V. *Conf.* Pothier, *De la communauté*, n° 151.

tion de son mari ; ainsi encore dans le cas où elle aurait donné à son mari pouvoir de faire l'acquisition pour elle ; ainsi encore dans le cas où elle aurait concouru à l'acte et fait conjointement avec son mari l'acquisition pour elle-même. Nous disons *pour elle-même ;* car si, dans cette hypothèse, l'acquisition avait été faite pour la communauté et non pas pour la femme, le concours de cette dernière à l'acte ne devrait pas la priver de son droit d'option : il serait permis de supposer que la femme n'a pas agi librement, mais sous l'influence de son mari (1).

Hors de cette dernière circonstance qui rétablit la femme dans son droit d'option, la femme lorsqu'elle a participé à l'acquisition, soit par une intervention personnelle, soit par le pouvoir qu'elle a donné à son mari, se trouve placée dans le cas prévu par la première partie de l'art. 1408 : elle acquiert donc les parts indivises qui s'ajoutent à la portion dont elle était elle-même propriétaire, et les parts lui deviennent propres comme celle qu'elle avait avant l'acquisition, en vertu de la règle absolue d'accession consacrée par le § 1 de l'art. 1408 expliqué *suprà*, nos 477 et suiv. (2). MM. Toullier et Dalloz enseignent cependant que dans ce cas la part acquise a le caractère d'un conquêt et non pas celui d'un propre pour la femme. Ces auteurs se fondent sur ce qu'il faut une acceptation formelle de la femme, aux termes de l'art. 1435, pour lui former un propre, acceptation formelle qui manque dans le cas supposé (3). Mais l'art. 1435 est en ceci détourné de son objet spécial. Cet article est relatif aux propres de remploi, l'un des cas de subrogation dont nous allons parler tout à l'heure (4). Dans l'hypothèse de cet article, il s'agit de substituer un propre nouvellement acquis à un propre de la femme précédemment aliéné ; or, ce propre peut ne pas présenter tous les avantages de celui auquel il est subrogé : voilà pourquoi l'art. 1435 veut l'acceptation formelle de la femme. Mais il ne s'agit en aucune manière ici de remplacer un propre de la femme ; il s'agit seulement d'une adjonction à un propre dont la femme n'a pas été un seul instant dépouillée. On comprend donc que ce propre communique, par la seule autorité de la

(1) V. *Conf.* MM. Duranton, t. XIV, n° 205, et Taulier, t. V, p. 65.

(2) V. *Conf.* Colmar, 20 janvier 1831 (aff. Furst), et Caen, 25 février 1837 (aff. Malassis-Cussonnière).

(3) V. MM. Toullier, t. XII, n° 166, et Dalloz, *Rec. alph.*, t. X, p. 197, n° 63.

(4) V. *infrà*, n. 506 et suiv.

loi, sa qualité aux fractions qui viennent s'adjoindre et accéder à lui (1).

494. Le droit d'option conféré par l'art. 1408, § 2, n'appartient jamais au mari. Chef de la communauté, il a toujours dépendu de lui d'acquérir ou de ne pas acquérir : il ne peut donc, lorsqu'il s'est déterminé à se rendre acquéreur ou adjudicataire, revenir sur la détermination qu'il a prise ; son droit est désormais consommé. C'est donc à la femme seulement que l'option est réservée par la loi.

Toutefois, ce droit n'est pas exclusivement personnel à la femme : les héritiers de cette dernière peuvent également l'exercer. Cela est incontestable en ce qui concerne les héritiers légitimes, puisqu'aux termes de l'art. 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. Et en ce qui concerne les héritiers irréguliers, sauf, néanmoins, le mari, qui, par le motif qui vient d'être indiqué, ne nous semble pas pouvoir exercer le droit d'option, nous ne voyons aucune raison légitime de leur interdire ce droit. L'option de la femme a pour principe déterminant la position dépendante où elle s'est trouvée vis-à-vis de son mari, pendant la durée de la société conjugale. Pourquoi donc un héritier irrégulier, un enfant naturel, par exemple, ne succéderait-il pas aussi à ce droit ?...

Mais la question de savoir si ce droit appartient également aux créanciers de la femme souffre plus de difficulté. On peut dire pour la négative : La loi n'admet pas le créancier à exercer toute espèce de droit par représentation de son débiteur ; elle ne l'autorise pas notamment à exercer ses droits personnels. Cette sorte de droits forme des priviléges véritables, et tout privilége doit être restreint dans ses limites sans pouvoir être étendu à d'autres personnes que celles au profit desquelles il a été créé. Tel a été de tout temps le caractère des retraits ; dérogeant au droit commun en ce qu'ils obligent un acquéreur à céder l'objet légalement acquis par lui, les retraits ont toujours été considérés comme des avantages purement personnels et exclusivement réservés à ceux à qui il était permis d'en user : ainsi en était-il sous l'ancienne jurisprudence du retrait lignager ; ainsi en est-il encore aujourd'hui du retrait successoral, puisque l'art. 841 ac-

(1) V. *Conf. Req. rej.*, 9 mai 1832 (aff. Lanjamet). V. aussi Lyon, 20 juillet 1843 (aff. Coméat).

corde à l'héritier seulement le droit d'exercer ce retrait. Or, il en doit être de même du droit d'option que consacre l'art. 1408, puisque ce droit implique la faculté de retraire l'immeuble dans lequel la femme avait une part indivise, et confère par conséquent à un co-propriétaire indivis le pouvoir exorbitant d'évincer son co-propriétaire. Telles sont, en substance, les considérations que l'on peut présenter à l'appui de la solution d'après laquelle les créanciers ne seraient pas admis à exercer le droit d'option réservé à la femme. Ajoutons que la jurisprudence s'est prononcée en ce sens (1). Cette doctrine, cependant, ne nous semble pas la meilleure. Le droit conféré par l'art. 1408 constitue sans aucun doute un privilége pour la femme : mais ce n'est pas à dire que ce privilége soit exclusivement attaché à la personne de la femme ; car nombre de priviléges peuvent être exercés et le sont journellement par les créanciers de la personne même en faveur de laquelle ces priviléges sont établis : on peut citer notamment le droit de succession établi par l'art. 747 en faveur de l'ascendant et l'hypothèque légale de la femme et du mineur. A la vérité le retrait successoral que consacre l'art. 841 doit être classé parmi les droits exclusivement personnels, comme était le retrait lignager sous l'empire de l'ancienne législation. Mais y a-t-il réellement analogie entre ces espèces de retraits et celui qui peut être exercé en vertu du droit d'option réservé à la femme par l'art. 1408? Nous en doutons. Par leur nature même le retrait successoral et le retrait lignager ont dû exclure l'intervention de toute personne autre que celle à laquelle le droit en a été attribué, car ils ont eu pour but précisément, le premier d'éloigner les étrangers du partage, le second de conserver les biens dans les familles. Autre chose est-il du retrait d'indivision, institué qu'il a été pour protéger la femme contre les suites de l'administration du mari; ce retrait est plus particulièrement fondé sur un intérêt pécuniaire, et par cela même sa nature résiste infiniment moins, ou même ne résiste absolument pas à ce que le droit soit

(1) V. *Civ. cass.*, 14 juillet 1834 (aff. Falèze). La cour de cassation ayant renvoyé la cause devant la cour de Riom, cette cour a statué, par arrêt du 11 février 1836, dans le sens de la décision émanée de la cour suprême : et vainement ce dernier arrêt a-t-il été l'objet d'un nouveau pourvoi. Le pourvoi a été rejeté par la chambre des requêtes. *Req. rej.*, 8 mars 1837. Ainsi, la chambre civile et la chambre des requêtes ont jusqu'ici une jurisprudence conforme sur la question. *Adde*, dans le sens de cette jurisprudence, MM. Fouet de Conflans, *Jurispr. des successions*, p. 374; Glandaz, *loc. cit.*, n° 129, et Odier, t. I, n° 143.

exercé par les créanciers de la femme. Cependant, on doit le reconnaître, une intervention étrangère serait susceptible d'altérer la liberté que la loi a voulu laisser à l'option de la femme. Mais cela même ne serait pas un obstacle insurmontable ; il suffirait de faire dans ce cas l'application exacte des art. 1166 et 1167 du Code civil : d'après cela, les créanciers ne seraient fondés à opter que dans le cas où la femme n'opterait pas elle-même, et si celle-ci renonçait à exercer le retrait, les créanciers ne pourraient l'exercer qu'à la charge de prouver que la renonciation de la femme a été faite en fraude de leurs droits. Déterminés par ces considérations, la majorité des auteurs ont refusé de voir dans le privilége créé par l'art. 1408 un droit exclusivement attaché à la personne (1). Mais, il faut le dire encore, la jurisprudence est contraire ; et, bien qu'elle ne soit fondée sur aucun motif qui réponde victorieusement aux considérations précédentes, cependant comme elle s'est formée en présence de ces mêmes considérations, on devrait, le cas échéant, se montrer très-réservé à engager de nouveau un débat judiciaire.

495. La loi ne fixe point le délai dans lequel la femme peut et doit faire l'option. Cependant, elle a indiqué l'époque à partir de laquelle la femme peut user de ce droit. La femme, dit en effet l'art. 1408, § 2, a le choix « *lors de la dissolution de la communauté*, » ou d'abandonner à la communauté l'objet acquis, ou de le retirer. C'est donc à la dissolution de la société conjugale que le droit d'option est ouvert ; jusque-là tout demeure en suspens. Ainsi, la loi crée une situation dans laquelle les chances sont inégalement réparties. En effet, dans l'intervalle de l'acquisition faite par le mari à la dissolution de la communauté, il se peut que les parts acquises se soient améliorées, il se peut aussi qu'elles aient subi une dépréciation. La femme sera donc à même de se déterminer dans son choix d'après ces circonstances : d'où il résulte que, pouvant retenir le marché pour elle ou le laisser pour la communauté, suivant que l'immeuble aura acquis une plus value ou éprouvé une dépréciation, elle aura pour elle le bénéfice des chances favorables, et la communauté la charge des chances contraires. Mais il n'en pouvait pas être autrement. La faculté d'option accordée à la femme eût été le plus souvent illusoire, si cette faculté avait

(1) Cette doctrine a été mise dans tout son jour par M. Arm. Dalloz, dans son *Rec. périod.*, 1834, 1, 282, à la note. V. dans le même sens MM. Duranton, t. XIV, n° 203 ; Zachariæ, t. II, p. 339 ; Taulier, p. 65-66.

pu être exercée avant la dissolution de la communauté ; il est probable, en effet, que placée sous l'œil de son mari, la femme aurait ordinairement subi l'influence de ce dernier, et que le choix qu'elle aurait pu faire aurait été dirigé par lui. Cette considération nous fait regarder comme très-inexacte 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 (1). » A notre avis, la cour de cassation s'est mieux conformée aux principes lorsqu'elle a considéré comme prématuré l'exercice du droit d'option avant la dissolution de la communauté (2) ; et elle ne s'est pas montrée moins protectrice de l'intérêt de la femme, car, on le verra bientôt, le mari eût-il grevé les objets par lui acquis de charges hypothécaires, les eût-il même aliénés, le droit d'option n'en serait pas moins entier pour la femme, assurée qu'elle est de reprendre l'immeuble franc et quitte dans le cas où elle se déterminerait pour le retrait.

Lorsque 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 alors de communauté ; on doit donc modifier, à cet égard, l'art. 1408, dont la disposition a été à peu près unanimement reconnue applicable à la femme dotale. La cour de Limoges a décidé, en conséquence, que sous le régime dotal l'option doit être faite par la femme lorsqu'elle règle ses droits, et que quand il s'agit de biens paraphernaux, elle doit être faite immédiatement après l'acquisition (3).

Mais le point de départ ainsi établi, quel est le délai pendant lequel la femme ou ses héritiers conservent le droit de faire l'option ? La question nous paraît virtuellement résolue par ces mêmes expressions *lors de la dissolution de la communauté*, dont se sert l'art. 1408. Ces expressions employées par le législateur, *impliquent*, à notre avis, l'idée que l'époque de la dissolution est précisément le moment où la femme peut et doit user de son droit. Soit donc que la femme ou ses héritiers acceptent la communauté, soit qu'ils y renoncent, la femme ou ses héritiers peuvent être sommés par le mari ou par ses héritiers, lorsqu'il est

(1) V. arrêt du 20 juillet 1843 (aff. Coméat).
(2) V. *Req. rej.*, 25 juillet 1844 (aff. de Montviol).
(3) V. Limoges, 12 mars 1828 (aff. Guyard).

procédé au partage ou à la liquidation, d'avoir à faire leur choix. Quelques auteurs enseignent cependant que si la femme renonce à la communauté, elle a trente ans pour faire son choix ou pour exercer le retrait (1). Et cela résulte d'un arrêt de la cour de Bordeaux qui décide que lorsque le mari a acquis en son nom personnel une portion d'immeuble appartenant par indivis à sa femme, il ne peut être formé contre celle-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'art. 1408, § 2, d'abandonner ou de retenir l'immeuble (2).

Mais cette doctrine a été justement repoussée en ce qu'elle aurait pour effet de rétablir la continuation de la communauté quant à un objet particulier, alors qu'il a été dans la pensée des rédacteurs de la loi de proscrire cette continuation de communauté et d'exiger une liquidation complète des droits respectifs des parties (3).

496. Le droit d'option accordé à la femme consiste en une alternative que la loi formule nettement. 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. »

Si la femme prend ce dernier parti, elle exerce ce que l'on appelle communément le *retrait 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

(1) V. MM. Toullier, t. XII, n° 168, et Dalloz aîné, t. X, p. 197, n° 64.

(2) Bordeaux, 6 août 1834 (aff. Viveille).

(3) V. M. Duranton, t. XIV, n° 210. On peut considérer comme conforme à cette solution l'opinion de MM. Glandaz, *loc. cit.*, n° 131; Zachariæ, t. III, p. 528, et Taulier, t. V, p. 66, qui, tout en déclarant que le droit de la femme dure trente ans, admettent cependant que l'on doit reconnaître aux héritiers du mari la faculté de forcer la femme à s'expliquer, soit par une mise en demeure, soit même par une demande en justice. Il faut aussi rattacher à la même doctrine un arrêt rendu, par la cour suprême, en matière fiscale, duquel il résulte que lorsque pendant le mariage, le mari a fait, en son nom personnel, l'acquisition de portions d'un immeuble appartenant par indivis à sa femme, et que celle-ci n'a point, soit avant, soit depuis la mort du mari, exercé le droit d'option, les portions de biens acquises font partie de la succession du mari et donnent lieu par conséquent au payement des droits de mutation par décès sur leur valeur. *Civ. cass.*, 31 mars 1835 (hérit. Vincent).

la communauté de la somme qui en a été retirée pour faire l'acquisition. De la *somme retirée*, disons-nous, et non pas d'une somme plus ou moins considérable suivant la valeur que pourrait avoir, à la dissolution de la communauté, la portion acquise pendant sa durée. La femme prétendrait donc en vain que l'acquisition a été faite à un prix trop élevé ou que l'immeuble a été déprécié depuis l'acquisition ; et réciproquement on opposerait en vain à la femme que l'immeuble a acquis une plus value ou que le mari s'en est rendu acquéreur moyennant un prix inférieur à la valeur réelle : la loi exige de la femme, dans le cas de retrait d'indivision, le remboursement *du prix de l'acquisition* seulement ; c'est donc ce prix même et non pas un prix différent qui doit être remboursé. Toutefois, cela n'empêche pas que la femme ne doive tenir compte aussi à la communauté des frais et loyaux coûts payés par la caisse commune, ainsi que 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 aucun motif, dans le cas particulier, de faire fléchir ces principes. — Dans ce cas, l'option de la femme a un effet rétroactif, et par suite toute hypothèque qui aurait été consentie par le mari sur l'immeuble objet du retrait, toute autre charge réelle qu'il aurait créée, toute aliénation qu'il aurait faite s'évanouissent (1) ; la femme doit reprendre son immeuble franc et libre, sans quoi la loi aurait conféré à la femme un droit d'option sans aucune valeur réelle, puisqu'en sa qualité d'administrateur le mari pourrait le lui enlever par une aliénation de l'immeuble à titre onéreux. Il en serait autrement, cela se conçoit à merveille, si la femme avait consenti à la vente, à l'hypothèque ou à l'imposition de toute autre charge. C'est pourquoi les tiers qui traitent avec le mari ne sauraient mettre trop de soins à s'enquérir de l'origine de l'immeuble à l'occasion duquel ils stipulent, afin d'exiger et de prendre des précautions telles que leurs conventions puissent résister à toute prétention ultérieure.

Si la femme au lieu d'opter pour le retrait d'indivision, laisse le marché pour le mari, l'acquisition faite par ce dernier tombe dans la communauté, sauf le remboursement à faire par le fonds social à la femme, d'une portion du prix total proportionnée à la part qu'elle avait dans l'immeuble, dans le cas toutefois où cette

(1) *Req. rej.*, 30 juillet 1816 (aff. Kahn). V. aussi *Req. rej.*, 13 juillet 1826 (aff. Allier), et Riom, 20 mai 1830 (aff. Monier).

part s'est trouvée comprise dans l'acquisition, comme si, par exemple, le mari s'est rendu adjudicataire de l'immeuble sur une licitation.

Du reste, lorsque l'acquisition faite de gré à gré par le mari ne comprend pas la part que la femme avait dans l'immeuble, le droit d'option n'en est pas moins entier, pour cette dernière, à la dissolution de la communauté. M. Toullier paraît supposer que dans ce cas la femme aurait seulement le droit de conserver sa part en nature, sauf à partager l'immeuble avec les héritiers du mari si elle renonçait (1). Nous ne saurions adopter cet avis. Sans doute, la femme peut se dispenser d'user de l'option qui lui est accordée par la loi, conserver la part qui lui appartient dans l'immeuble, et abandonner à la communauté les parts acquises par le mari. Ce serait de sa part user d'un droit légitime, celui de renoncer à un bénéfice introduit en sa faveur; nul n'y aurait à redire, sauf néanmoins, comme nous l'avons exposé plus haut, l'action des créanciers, si la renonciation était faite en fraude de leur droit. Mais convertir cette faculté en une obligation, c'est assurément inadmissible. Les termes mêmes de la loi y résistent énergiquement, puisqu'il suffit que le mari se soit rendu acquéreur ou adjudicataire en son nom personnel *de portion* d'un immeuble appartenant par indivis à la femme pour que le droit d'option soit acquis à cette dernière. Toutefois, le droit de la femme, dans cette situation particulière, ne doit pas non plus être étendu : aussi nous n'admettons pas non plus l'opinion de M. Duranton d'après qui la femme pourrait demander que la communauté prît sa part et lui tînt compte du prix dans la proportion de celui qui aurait été payé par le mari (2). Dans ce cas, les acquisitions faites par le mari doivent aussi être la mesure du droit d'option accordé à la femme.

497. *Subrogation à un propre aliéné d'un immeuble acquis en remplacement.* — Les immeubles, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté et pour en tenir lieu, quoique acquis pendant la durée de la société conjugale, sont des propres de communauté, en vertu d'une fiction de subrogation. Telle est la seconde exception au principe d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté. Les rédacteurs du Code ont emprunté cette règle exceptionnelle aux anciens auteurs, et, comme ces derniers, ils

(1) V. t. XII, n° 167.
(2) V. t. XIV, n° 206.

en ont fait l'application à deux actes distincts : à l'*échange* et au *remploi*.

498. *De l'échange.* — En matière d'échange, les rédacteurs du Code n'ont fait guère que confirmer les règles qu'ils ont trouvées dans les pratiques de l'ancienne jurisprudence coutumière. « Si pendant le mariage, dit Bourjon, le propre d'un des conjoints a été échangé contre un autre immeuble, cet immeuble lui est propre et non conquêt de la communauté ; l'un représente l'autre ; fondement certain de la qualité de propre, qui n'affaiblit en rien la vraie masse de la communauté, puisque si tel héritage n'en fait partie, elle n'est tenue aussi d'aucune action et remploi (1). » Cette même règle a été consacrée par le Code civil, dont l'art. 1407 est ainsi conçu : « 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. » La théorie de la loi est donc fort simple. L'immeuble nouvellement acquis prend la qualité de l'immeuble aliéné. Seulement si l'immeuble nouvellement acquis est d'une valeur supérieure ou inférieure à celle de l'immeuble aliéné, en d'autres termes, s'il y a eu soulte donnée ou reçue, il y a lieu à une récompense : dans le premier cas, de la part de l'époux à la communauté, en tant que la communauté aurait payé la soulte ; dans le second cas, de la part de la communauté à l'époux, en tant que la soulte aurait été versée dans la communauté. Néanmoins, l'art. 1407 ne doit pas tout à fait être pris à la lettre : voici quelques précisions.

499. D'une part cet article suppose l'échange d'un immeuble propre à l'un des époux contre un autre *immeuble*. De là il semblerait résulter qu'il ne peut y avoir subrogation d'une somme d'argent ou d'un effet mobilier aux lieu et place d'un propre de communauté aliéné pendant le mariage : c'est, en effet, la conclusion qui a été tirée par quelques auteurs (2). Nous ne croyons pas qu'il faille aller jusque-là. Ce que l'article 1407 dit des immeubles, doit à notre avis être étendu à tout ce qui est acquis en échange d'un propre. Ce point ne semble pas avoir été contesté dans les anciens principes. Pothier (3) dit, en effet : « Les meubles étant susceptibles de la

(1) *Droit commun, titre de la communauté de biens*, part. II, ch. X, sect. II, dist. 1, n° 8. V. aussi Pothier, *De la communauté*, n° 197.

(2) V. notamment M. Dalloz aîné, dans son Répertoire, t. X, p. 196, n° 60.

(3) V. *loc. cit.*

qualité de propre de communauté aussi bien que les immeubles, lorsque l'héritage propre de communauté de l'un des conjoints est aliéné durant la communauté, pour une somme d'argent ou d'autres choses mobilières, cette somme d'argent ou ces autres choses mobilières ont, par la subrogation, la qualité de propre de communauté de ce conjoint, et en conséquence elles n'y tombent qu'à la charge de la reprise au profit de ce conjoint. » De même, dit encore Pothier, « si j'ai vendu mon héritage patrimonial pour une certaine somme d'argent, pour laquelle l'acheteur m'a constitué une rente... cette rente, quoiqu'elle m'ait été constituée durant le mariage par le contrat de vente que j'ai fait de mon héritage durant le mariage, ne sera pas néanmoins conquêt, et elle aura par le moyen de la subrogation, la qualité de propre de communauté; car cette qualité de propre de communauté étant une qualité dont les choses meubles sont susceptibles aussi bien que les immeubles, cette qualité a passé de mon héritage au prix pour lequel je l'ai vendu; et de ce prix, à la rente qui a été constituée pour ce prix. » Nous admettons bien que dans le cas supposé il n'y a pas, à proprement parler, une subrogation véritable. Mais en principe, la solution de Pothier n'en doit pas moins être suivie aujourd'hui, car si l'art. 1407 ne la consacre pas directement, l'art. 1433 y supplée lorsqu'il dit : « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux et que le prix en ait été versé dans la communauté sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu... » Nous reviendrons plus amplement sur la disposition de cet article à la section suivante, en traitant de l'administration de la communauté, et nous en signalerons les conséquences pratiques : quant à présent, bornons-nous à conclure que l'époux qui a échangé un immeuble propre contre un objet mobilier, par exemple, un tableau de prix, une parure de diamants, a le droit de reprendre cet objet en nature à la dissolution de la communauté, au même titre que, d'après l'art. 1433, il aurait le droit de prélever le prix si cet immeuble avait été vendu (1).

500. D'une autre part, l'art. 1407 déclare que l'immeuble acquis en échange d'un immeuble propre est lui-même un propre, *sauf récompense s'il y a soulte;* et de là il paraît résulter que lorsque la soulte est donnée par le propriétaire de l'immeuble échangé, quelle que soit l'importance de cette soulte, l'immeuble

(1) V. *Conf.* MM. Toullier, t. XII, nos 151-152; Glandaz. *loc. cit.*, no 114.

reçu en contre-échange n'en est pas moins un propre pour le tout, sauf les droits de la communauté à une indemnité si la somme fournie pour la soulte est sortie de la caisse commune. Telle est, en effet, l'opinion de quelques auteurs qui se fondent précisément sur ce que l'art. 1407 ne fait aucune distinction (1). Toutefois, sur ce point, la doctrine présente de nombreuses divergences. Ainsi, à l'inverse de l'opinion que nous venons de rappeler, une autre se produit d'après laquelle, si la soulte dépassait la valeur de l'immeuble échangé, il n'y aurait plus échange mais achat en vertu de la règle *major pars trahit ad se minorem :* en sorte que l'immeuble acquis en contre-échange au lieu d'être un propre par application de l'art. 1407, serait un conquêt de la communauté conformément à l'art. 1401-3° (2). Dans un autre système, l'immeuble acquis en contre-échange serait simultanément un propre jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble échangé, et un conquêt pour le surplus, pourvu toutefois que l'immeuble fût commodément partageable, cas dans lequel on appliquerait par analogie la disposition de l'article 866 (3), ou encore pourvu que la soulte payée pour l'immeuble accepté en échange fût une somme équivalente au tiers de la valeur de l'immeuble donné en contre-échange (4).

Dans ce conflit d'opinions, toutes plus ou moins entachées d'arbitraire, le plus sûr, à notre avis, serait d'admettre en principe les doctrines qui étaient unanimement suivies dans l'ancienne jurisprudence à laquelle les rédacteurs du Code civil ont emprunté la disposition de l'art. 1407. Or, dans les anciens principes, les jurisconsultes s'accordaient assez à reconnaître que, nonobstant la soulte, l'héritage reçu en contre-échange ne laissait pas d'être propre pour le total, à la charge seulement de récompenser la communauté de la somme qui en avait été tirée pour payer la soulte : on le décidait ainsi par la raison que la soulte n'est qu'un accessoire d'un contrat qui n'en doit pas changer la nature. Toutefois, il fallait que la soulte pût réellement être considérée comme un accessoire du contrat. Que si le conjoint avait donné, pour acquérir l'immeuble reçu en con-

(1) V. MM. Toullier, t. XII, nos 149-150; Dalloz aîné, *Rép.*, t. X, p. 196, n° 59; Glandaz, n° 113.

(2) V. MM. Delvincourt, aux notes, t. III, p. 21, note 1 (édit. de 1824); Bellot des Minières, t. I, p. 213, et Bugnet sur Pothier, *De la communauté*, n° 197, note 1.

(3) V. M. Duranton, t. XIV, n° 195.

(4) V. M. Battur, *De la communauté*, t. I, n° 208.

tre-échange, une somme à peu près égale ou même supérieure à la valeur de l'héritage donné en échange, on pensait que le contrat devait être considéré comme mêlé de vente et d'échange, et en conséquence on décidait que l'héritage acquis était conquêt au *prorata* de la somme donnée pour l'acquérir, et propre de subrogation pour le surplus seulement (1).

Rien n'empêche d'admettre encore en principe cette doctrine, qui n'a rien d'inconciliable avec les règles du Code et qui de plus est parfaitement conforme à l'équité. Aussi a-t-elle été virtuellement consacrée par la cour suprême, qui, statuant en matière fiscale, a décidé que l'art. 1407 n'est pas tellement absolu que la femme dont l'immeuble a été échangé pendant le mariage ne puisse, soit au moment du contrat, soit lors de la dissolution de la communauté, limiter l'effet du remploi à une partie de l'immeuble acquis en contre-échange, laissant l'autre partie dans la communauté (2).

Toutefois, nous devons ajouter que si nous admettons cette doctrine en principe, nous ne pensons pas du moins qu'elle doive être reçue d'une manière absolue. Les tribunaux ont le droit et le devoir d'apprécier le contrat et les circonstances qui l'ont accompagné. Si les circonstances démontrent que les époux ont voulu acheter un nouvel immeuble en donnant en payement d'une portion du prix l'immeuble appartenant à l'un d'eux, les tribunaux peuvent écarter la qualification d'échange donnée au contrat et par conséquent l'application de l'art. 1407, sans avoir à redouter la censure de la cour suprême, dont le pouvoir s'arrête devant l'appréciation des faits et des circonstances. Ainsi nous supposerons qu'un immeuble de la valeur de 100,000 fr. a été acquis et qu'il a été donné en payement 95,000 fr. pris dans la communauté, plus un immeuble de 5,000 fr. appartenant à l'un des époux. Dans cette situation, les juges pourront bien décider sans doute que l'immeuble acquis en contre-échange est propre à l'un des époux jusqu'à concurrence de 5,000 fr., et conquêt pour le surplus. Mais si, même en présence d'une qualification d'échange donnée au contrat, tout amenait à conclure qu'il y a eu réellement une acquisition, nous ne voyons pas sur quel fon-

(1) V. sur ce point le résumé de doctrine présenté par Bourjon, *loc. cit.*, n° 9, et par Pothier, *loc. cit.*

(2) *Req. rej.*, 31 juillet 1832 (*Enregist.* c. Deschamps). *Adde* dans le sens de cette solution MM. Zachariæ, t. III, p. 423 et note 42; Taulier, t. V, p. 62, et Odier, t. I, n° 130.

dement on pourrait critiquer la décision qui consacrerait la qualité de conquêt pour le tout dans l'immeuble reçu en contre-échange et réserverait à l'un des époux le droit à une indemnité de 5,000 fr., représentative de l'immeuble à lui propre qui aurait été donné en payement. Encore une fois, ce sont là des appréciations qui sont dans le domaine des juges du fait, et dans lesquelles on ne saurait, au point de vue du droit et de la loi, rien trouver à reprendre.

501. *Du remploi.* — La fiction de subrogation sur laquelle repose la seconde exception au principe d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté, a lieu à l'égard des immeubles acquis en remploi de propres aliénés pendant le mariage. Ici encore, les immeubles acquis sont mis aux lieu et place des immeubles aliénés; ils prennent donc la qualité de ces derniers, et conséquemment ils appartiennent exclusivement à celui des époux en faveur et dans l'intérêt duquel le remploi a été fait. Mais il n'en est ainsi que tout autant que le remploi a eu lieu d'après les formes et selon les conditions fixées par la loi: partant, il importe de se fixer sur ces formes et sur ces conditions.

Quand donc y a-t-il remploi? Le législateur s'en est expliqué dans les art. 1434 et 1435 du Code civil, placés dans la section *relative à l'administration* de la communauté et confondus avec les règles concernant les récompenses. Mais il est sensible, par tout ce qui précède, que les remplois se rattachent d'une manière toute particulière à la série des dispositions qui règlent soit la composition de la masse commune, soit le patrimoine respectif de chacun des époux. Nous détacherons donc de l'administration de la communauté pour le transporter dans la présente section, ce qui concerne cette matière (1).

502. Le remploi, en général, est le remplacement d'une chose qui a été aliénée ou dénaturée; mais, dans la société conjugale, on a appelé plus particulièrement ainsi l'opération par laquelle le propre aliéné ou dénaturé de l'un des époux est remplacé par un autre propre.

Dans le régime de la communauté, le remploi est *facultatif* en

(1) C'est la marche qui a été suivie par Pothier, auquel les rédacteurs du Code ont emprunté les dispositions de la loi. V. *De la communauté*, n. 198 et suiv. — Depuis la promulgation du Code, les auteurs ont suivi, en général, l'ordre indiqué par le législateur. Toutefois, M. Zachariæ s'est conformé à celui de Pothier.

principe : cela résulte de l'art. 1433 du Code civil, aux termes duquel, s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux et que le prix en ait été versé dans la communauté sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. Cet article suppose donc que le remploi a pu ne pas avoir lieu; il fait du remploi une faculté non pas une nécessité. Toutefois, le remploi peut aussi être imposé par les stipulations du contrat de mariage. Bien des règles sont communes à l'un et à l'autre cas de remploi; mais l'un et l'autre donnent lieu cependant à des observations particulières.

503. *Remploi facultatif.* — En principe, dans le système de la communauté légale, le mari est présumé agir au nom de la communauté : lors donc qu'il fait une acquisition, à titre onéreux, pendant le mariage, la chose acquise devient, en général, chose commune, l'acquisition fût-elle faite avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre : telle est du moins la présomption de la loi. Mais alors comment reconnaître les choses qui, acquises dans cette dernière hypothèse, sont destinées à remplacer les propres aliénés? La loi en fournit un moyen certain. Tel est l'objet des art. 1434 et 1435 du Code civil.

Aux termes de l'art. 1434 : « Le remploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que, *lors d'une acquisition, il a déclaré* qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi. »

L'art. 1435 ajoute : « La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi ne suffit point, si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. »

Lorsque les formalités prescrites par cet article ont été accomplies, la présomption générale de conquêt tombe : il y a remploi, partant le bien nouvellement acquis prend la qualité de propre par subrogation du propre aliéné. Pour embrasser dans son ensemble ce premier cas de remploi, nous parlerons successivement du mode d'opérer l'emploi, du moment où il peut être fait, des biens qui peuvent être remplacés, de ceux qui doivent être acquis en remploi, et enfin du droit d'enregistrement.

504. Lorsque l'acquisition est destinée à remplacer un propre du mari, la loi fait résulter le caractère de propre par subroga-

tion de la déclaration par le mari que l'acquisition est « faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi. » Nous rencontrons ici une première difficulté : elle consiste à savoir si l'efficacité du remploi est subordonnée à la double déclaration et que la nouvelle acquisition a été faite des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble propre au mari, et qu'elle a eu lieu pour lui servir de remploi, ou s'il suffit de l'une ou de l'autre déclaration. Les termes de la loi, liés, comme on l'a vu, par la conjonctive, indiquent nettement que la déclaration doit contenir la double mention. Toutefois, quelques auteurs émettent sur ce point un avis contraire. M. Odier, notamment, exprime l'opinion que la double mention n'est pas essentiellement requise, et il ajoute : « *C'est toujours ainsi qu'on l'a entendu dans l'ancienne jurisprudence.* Aussi Pothier, qui reproduisait le droit en vigueur, se bornait-il à exiger l'une ou l'autre des mentions que nos articles exigent cumulativement dans la déclaration ; il faut croire que les rédacteurs du Code civil, qui l'ont d'ailleurs si libéralement copié, n'auront substitué la particule *et* à la disjonctive *ou* que par inadvertance... (1). »

Sous plus d'un rapport, cette appréciation manque d'exactitude. Pothier, d'abord, ne s'explique pas directement sur la question. Voici ce qu'on lit au passage invoqué par M. Odier : « Lorsque j'achète, durant la communauté, un héritage, avec déclaration que c'est des deniers qui provenaient du prix de la vente que j'avais précédemment faite, durant la communauté, d'un héritage propre ; ou lorsqu'il est dit que c'est pour me tenir lieu de remploi du prix de cet héritage ; l'héritage acquis avec cette déclaration, quoique acquis durant la communauté, a, par la subrogation, la qualité de propre... (2). » Mais Pothier en cet endroit s'occupe particulièrement d'indiquer un cas dans lequel se vérifie l'une des règles qu'il vient de formuler, à savoir : « Que les héritages et autres immeubles, quoique acquis durant la communauté, sont propres de communauté par la fiction de la subrogation, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté et pour en tenir lieu. » Il ne se préoccupe en aucune manière de savoir en quoi la déclaration doit consister pour

(1) *Tr. du contrat de mariage*, t. I, n° 325. V. d'ailleurs dans le même sens MM. Duranton, t. XV, n° 428 ; Zachariæ, t. III, p. 424, et note 43 ; Taulier, t. V, n° 109.

(2) V. *De la communauté*, n° 198.

réaliser ce cas de subrogation; c'est par induction seulement qu'on peut arriver à lui prêter cette pensée restrictive, qu'il suffit de mentionner dans la déclaration soit l'origine des deniers, soit la volonté de destiner l'objet de l'acquisition nouvelle au remplacement du propre aliéné. Cela seul démontre que l'on ne peut présenter l'exposition de Pothier comme résumant l'opinion prétendue dominante, dans l'ancienne jurisprudence, sur la question proposée.

Mais ce qui le démontre mieux encore, c'est qu'en fait cette opinion était précisément contraire à celle que l'on tire par induction du passage ci-dessus cité de Pothier. Ainsi, Renusson a dit: « Comme la qualité de propre donne droit dans les successions aux uns à l'exclusion des autres, cette qualité doit être bien établie, et ne doit être attribuée à un héritage qui est nouvellement acquis, que quand effectivement il paraît qu'il n'a été acquis que pour tenir lieu de l'héritage propre vendu, *et e converso*, que l'héritage propre n'a été vendu que pour acquérir l'autre, et que cela soit ainsi exprimé dans les contrats, et quand il paraît en outre que les deniers de l'héritage vendu ont été effectivement employés à l'acquisition de l'autre, en sorte qu'on puisse dire qu'on n'a vendu son héritage propre que pour avoir l'autre, et que c'est une espèce d'échange qu'on a voulu faire; autrement il est véritable de dire qu'il n'y a pas de subrogation (1). » De même, Lebrun s'est exprimé en ces termes: « Quelquefois le mari fait le remploi durant le mariage en acquérant un autre héritage et faisant déclaration *que c'est des deniers de celui qui a été vendu auparavant et pour tenir lieu de propre au conjoint du côté duquel était l'héritage: en effet, il ne suffit pas que les deniers aient été employés, il faut que la destination du remploi soit marquée de la part des conjoints...* (2). » Ainsi encore on lit dans Duplessis: « Pour former le remploi, il faut que le mari, par le contrat d'acquisition qu'il fait de l'héritage ou rente, *déclare que c'est des deniers stipulés propres à lui ou provenant de tels propres vendus ou de telle rente propre rachetée, et qu'il stipule en même temps que ces héritages ou rentes nouvellement acquis demeureront propres pour lui servir de remploi*, sans laquelle déclaration le mari ne saurait prétendre de remploi effectif sur cet immeuble, qui entre dans la communauté, quand même l'acqui-

(1) V. *Des propres*, ch. IV, sect. II. Renusson cite d'ailleurs un arrêt conforme du 3 mai 1603.

(2) V. *De la communauté*, liv. III, ch. II, dist. 2, n° 62.

sition aurait été faite le lendemain du contrat de mariage ou d'aliénation de l'ancien propre, n'y ayant que cette clause qui puisse l'empêcher... (1). »

M. Odier se méprend donc lorsqu'il affirme qu'il a toujours suffi, pour opérer le remploi, dans l'ancienne jurisprudence, soit de la déclaration de la part du mari que l'acquisition nouvelle était faite avec les deniers provenant de l'aliénation de l'un de ses propres, soit de la déclaration que cette acquisition avait pour but de lui tenir lieu du remploi. L'opinion très-précise de Renusson, de Lebrun, de Duplessis, prouve que la déclaration devait mentionner l'un et l'autre fait. Donc, s'il y a ici quelque inadvertance, comme on le dit, elle ne saurait du moins être reprochée aux rédacteurs du Code civil, dont la plupart, familiers avec les principes du droit coutumier, ont pu corriger dans la formule de Pothier ce qui pouvait prêter à des inductions inexactes. Appréciateurs intelligents de cette formule, les rédacteurs du Code en ont modifié l'expression littérale pour reproduire plus exactement une doctrine qu'ils voulaient maintenir et consacrer.

En cela, d'ailleurs, ils ne se sont pas seulement montrés fidèles à la tradition, mais ils se sont mis d'accord avec leurs propres principes. De quoi s'agit-il, en effet? D'une subrogation véritable; car, on ne doit pas l'oublier, c'est par l'effet d'une subrogation réelle qu'un immeuble quoique acquis pendant le mariage est un propre de communauté lorsque l'acquisition en est faite pour remplacer un propre aliéné. Or, suffit-il, en matière de subrogation, de mentionner soit l'origine des deniers, soit la destination de l'emploi qui en est fait? Non. Aux termes de l'art. 1250, la subrogation est conventionnelle « 1°...; 2° lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires : *que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier...* » On trouve une disposition semblable dans l'art. 2103, qui, déterminant les créanciers privilégiés sur les immeubles, classe « .... 2° ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, *pourvu qu'il*

(1) V. *Traité de la communauté de biens*, liv. II, ch. IV, sect. II; édit. de 1726, t. I, p. 447.

soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance du vendeur, que ce payement a été fait des deniers empruntés. » Le même article classe encore, dans sa dernière disposition, les créanciers qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers « *pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt et par la quittance des ouvriers*, ainsi qu'il a été dit pour ceux qui ont prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble. » Ainsi, partout où il s'agit de subrogation, on voit le législateur statuer de telle sorte que la déclaration d'emploi sans la déclaration de l'origine des deniers serait insuffisante pour fonder le droit, de même que la déclaration d'origine sans la constatation d'emploi. Évidemment, le législateur suit la même pensée, et se met d'accord avec lui-même, lorsque dans l'art. 1434, qui règle aussi un cas de subrogation, il dit que le remploi est censé fait à l'égard du mari, toutes les fois que lors d'une acquisition « il a déclaré qu'*elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel,* ET *pour lui tenir lieu de remploi.* »

Ce point de droit, qui semble se réduire à une question de formule, a plus d'importance qu'il ne paraît en avoir. Nous avons été amenés à lui donner quelque développement par un fait qui s'est présenté dans notre pratique, et qui met dans tout son jour la nécessité de la double déclaration prescrite par la loi. Un mari avait aliéné un immeuble à lui propre. Il fit plus tard deux acquisitions successives d'immeubles et déclara dans la première, qu'il achetait avec les deniers provenant de la précédente aliénation, et dans la seconde, qu'elle était faite en remploi de son propre aliéné. Les héritiers du mari avaient intérêt à faire porter le remploi sur cette dernière acquisition, en ce que, par des circonstances particulières, l'immeuble acquis en second lieu par le mari avait obtenu une plus value considérable. Nous ignorons quelle solution pourra être donnée par les tribunaux si la difficulté leur est soumise; quant à nous, il nous a paru que le remploi n'était opéré ni par l'une ni par l'autre acquisition, qu'à défaut d'une déclaration suffisante dans l'une comme dans l'autre, les deux immeubles étaient conquêts de communauté, et que le mari ou ses représentants avaient droit seulement à la reprise du prix de l'immeuble aliéné. — Ajoutons d'ailleurs que la question a été virtuellement résolue dans le sens de notre solution par la cour suprême (1).

(1) Cela résulte, en effet, d'un arrêt qui ayant à statuer sur la question de

505. Du reste la disposition de la loi doit être entendue avec une certaine mesure. Ainsi, lorsque cette disposition prescrit au mari de déclarer que l'acquisition nouvelle est faite *avec les deniers* provenus de l'aliénation de l'un de ses propres, ce serait se montrer trop servilement esclave de la lettre que de prétendre que le mari doit établir qu'il emploie à l'acquisition nouvelle identiquement les deniers qui sont provenus de son aliénation antérieure. Cette condition n'est pas nécessaire dans le cas de subrogation que prévoit l'art. 1250 dont nous parlions tout à l'heure, car l'emprunt et le payement pouvant n'être pas simultanés, il se peut très-bien que l'emprunteur ne donne pas en payement les deniers mêmes qu'il a reçus du prêteur. Pareillement, dans le cas de remploi, l'acquisition nouvelle peut ne venir que longtemps après l'aliénation de l'un de ses propres faite par le mari : car le mari aura rarement conservé les deniers qui lui seront provenus de cette aliénation ; ces deniers se seront confondus avec ceux de la communauté. Il importe donc peu que l'acquisition soit faite avec les mêmes deniers ; il suffit qu'elle soit faite avec la même valeur : en un tel cas *tantumdem est idem.*

Bien plus : si la loi exige une double déclaration de la part du mari, elle ne fixe pas du moins de termes sacramentels dans lesquels cette déclaration doive être faite. La cour de cassation, dans l'arrêt cité au nombre précédent, a elle-même reconnu que toute énonciation de l'acte d'acquisition qui exprimait clairement les deux faits dont la déclaration est exigée par la loi remplit suffisamment le vœu du législateur. Attendu, en droit, a-t-elle dit, qu'aux termes de l'art. 1434, le remploi est censé fait de la part du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il déclare qu'elle est faite des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi ; que la loi ne prescrit aucuns termes sacramentels ; qu'il suffit que l'acte d'acquisition exprime clairement la volonté du mari de faire un remploi et indique l'origine des deniers employés en payement. L'exactitude de ces motifs en droit ne nous semble pas contestable ; seulement il est de l'intérêt des parties de s'expliquer, dans la déclaration, d'une manière aussi explicite

savoir si la loi fixe des termes sacramentels pour la déclaration à faire par le mari, énonce expressément dans ses motifs que « l'acte d'acquisition doit exprimer clairement *la volonté du mari de faire un remploi, et indiquer l'origine des deniers employés au payement.* » *Req. rej.*, 23 mai 1838 (aff. Mathieu). C'est aussi l'avis de quelques auteurs. V. MM. Glandaz, *loc. cit.*, n° 262; Mourlon, p. 42; Benech, *Du remploi*, n° 36.

que possible, afin qu'il n'y puisse avoir aucun doute sur leur volonté ni par conséquent aucun prétexte aux contestations.

506. Mais à quel moment la déclaration doit-elle être faite par le mari? L'ancienne jurisprudence suivait sur ce point des principes très-arrêtés. Il fallait, pour que l'héritage nouvellement acquis devînt un propre de communauté par subrogation, que la déclaration fût faite *in continenti* par le contrat d'acquisition. Si l'acquisition, disait-on, avait été faite sans cette déclaration, inutilement le mari la ferait-il *ex intervallo*, car l'héritage ayant été fait conquêt lorsqu'il a été acquis, faute de cette déclaration, la communauté ne peut plus, par cette déclaration que le mari ferait *ex intervallo*, être privée d'une chose qui lui a été une fois acquise (1). L'art. 1434 a eu certainement pour objet de confirmer cette règle, en disposant que « le remploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que, *lors d'une acquisition*, il a déclaré que..... » C'est donc au moment de l'acquisition et dans le contrat même que la déclaration doit être faite encore aujourd'hui. Séparée de ce contrat, la déclaration serait impuissante pour imprimer à l'immeuble acquis le caractère de propre : « la raison est, peut-on dire encore avec Lebrun, qu'il n'est pas juste que le mari voie venir la suite des temps pour prendre l'immeuble s'il est augmenté et pour le refuser s'il est diminué par la vicissitude des choses. Il doit donc déclarer sur-le-champ s'il entend que l'immeuble lui serve de remploi, autrement il a son remploi et l'immeuble est conquêt. »

507. Lorsque l'acquisition nouvelle est destinée à remplacer un propre aliéné de la femme, des modifications doivent être faites dans l'application aux conditions ci-dessus indiquées; et en outre, d'autres conditions doivent être remplies.

Ainsi le mari, en général du moins, doit encore 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

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 198; Lebrun, *Tr. de la communauté*, liv. III, ch. II, dist. 2, n° 68. V. aussi un arrêt de Besançon, du 21 nivôse an X (aff. Carteron). — Toutefois, il a été jugé par la cour de cassation qu'avant le Code, le mari qui, après avoir vendu un de ses propres, achetait un autre immeuble peu de jours après, pouvait être censé avoir fait remploi, nonobstant le défaut de déclaration à cet égard dans le contrat d'acquisition. *Req. rej.*, 14 frim. an XII (aff. Lafond). Mais cet arrêt rendu en matière fiscale est évidemment une décision d'espèce. Il ne contient d'ailleurs aucun motif et ne saurait par conséquent infirmer des principes qui étaient invariablement suivis dans l'ancienne jurisprudence.

que l'objet de cette acquisition est destiné au remploi du propre aliéné. Sans doute, il convient d'appliquer ici les observations précédentes, tant en ce qui concerne l'origine des deniers que la forme de la déclaration ; mais nous ne croyons pas qu'il faille également faire dépendre l'efficacité du remploi de cette circonstance que la double déclaration soit faite dans le contrat même d'acquisition. Sous l'empire de l'ancienne législation, Pothier assimilait, sous ce rapport, le remploi fait en faveur de la femme au remploi fait en faveur du mari (1) ; mais cette opinion ne doit pas, ce nous semble, être suivie. Déjà, d'après Dumoulin, la déclaration du mari pouvait intervenir utilement après l'acquisition : *Maritus*, disait-il sur la coutume de Bourbonnais, art. 238, et sur celle de Blois, art. 164, *poterit ex intervallo bonam fidem agnoscere etiam in testamento*. Nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement aujourd'hui. Remarquons, en effet, que l'art. 1595 du Code permet au mari de céder un de ses immeubles à sa femme pour tenir lieu à cette dernière de remploi d'un immeuble aliéné. Cela est décisif; il en résulte invinciblement que la déclaration du mari peut n'intervenir qu'après l'acquisition. L'absence de toute déclaration de la part du mari dans le contrat d'acquisition aura un effet sans doute, celui d'empêcher que l'immeuble nouvellement acquis puisse être pris comme un remploi dès le principe ; mais elle ne devra pas faire que cet immeuble ne puisse pas devenir un propre par la suite, si les parties conviennent de le subroger à celui dont la femme s'est dépouillée.

Signalons cependant une exception expressément faite par la loi pour le cas de faillite du mari. Aux termes de l'art. 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. » Mais, sauf cette exception, suffisamment déterminée d'ailleurs par la présomption de fraude qui plane plus ou moins sur tous les actes d'un négociant failli, il nous paraît très-exact, en droit, de dire qu'il y a entre le remploi fait en faveur du mari et le remploi fait en faveur de la femme, cette première différence que celui-ci se combine et se concilie très-bien avec une déclaration postérieure à l'acquisition, tandis que l'autre ne peut ré-

(1) V. *De la communauté*, n° 199.

sulter que d'une déclaration faite dans l'acte même d'acquisition.

508. Ce n'est pas tout: il existe une seconde différence plus notable encore; c'est qu'à l'égard de la femme, la déclaration du mari, à quelque époque qu'elle intervienne, ne suffit pas pour opérer le remploi. Et ceci se comprend à merveille: privée qu'elle est de tous moyens d'agir par elle-même et en vertu de sa seule autorité, la femme ne devait pas être placée dans une position telle que son mari pût lui faire courir les risques de la plus value ou de la moins value, de l'augmentation ou de la diminution de l'immeuble subrogé, sans qu'elle eût de son côté le droit de calculer ces chances, d'apprécier jusqu'à quel point cet immeuble nouvellement acquis remplacerait pour elle son propre aliéné, et de se décider par la comparaison à accepter la subrogation ou à la refuser. Voilà pourquoi l'art. 1435, confirmant en cela les traditions anciennes, dispose que « la déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi, ne suffit point, *si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme*..... » Ainsi, dans le cas dont il s'agit ici, le mari est un simple gérant d'affaires pour la femme; agissant à ce titre, il ne peut lier cette dernière, en sorte que toute déclaration émanée de lui est et doit être considérée comme une offre de remploi, comme une proposition de subrogation qui ne devient définitive que par l'acceptation ou la ratification de la femme.

Mais cette acceptation quand doit-elle être donnée? Comment doit-elle l'être? Quels en sont les effets? Ce sont autant de questions que le législateur n'a pas résolues catégoriquement et dont il importe au plus haut point de rechercher la solution.

509. Et d'abord, à quelle époque l'acceptation doit-elle être donnée par la femme? Cette acceptation doit-elle se produire en même temps que l'acquisition, c'est-à-dire être constatée par le même acte? Cette question n'est pas susceptible de présenter un doute sérieux. Puisque la déclaration même du mari peut, d'après nos précédentes observations, être séparée de l'acte d'acquisition, à plus forte raison devons-nous décider qu'il en peut être de même à l'égard de l'acceptation de la femme. Telle était, d'ailleurs, l'opinion invariablement suivie sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. Pothier (1), qui en cela résumait la doctrine de tous les auteurs, disait : « Il n'est pas nécessaire que le consentement que la femme doit donner au remploi soit donné par le contrat, ni dans le même temps : la femme peut

(1) *De la communauté*, n° 200.

le donner *ex intervallo;* et en attendant ce consentement de la femme, la déclaration faite par le mari que l'héritage est acquis pour tenir lieu de remploi du propre de la femme, tient en suspens l'état et la qualité de cet héritage... » Depuis la promulgation du Code civil, M. Delvincourt a émis une doctrine contraire (1) qui a été généralement repoussée (2).

Mais si l'acceptation de la femme peut n'être pas faite en même temps que l'acquisition, cette acceptation doit-elle du moins intervenir avant la dissolution du mariage? Il y a plus d'incertitude sur ce point, qui divisait déjà les anciens auteurs. Quelques-uns enseignaient, en effet, que la femme, tant qu'elle n'avait pas été mise en demeure de s'expliquer, était en droit de prendre l'acquisition pour elle, et ce droit, ils l'accordaient même aux héritiers de la femme. D'autres, et en plus grand nombre, soutenaient que l'acceptation de la femme ne pouvait pas avoir lieu après la dissolution du mariage. « A l'égard du remploi de la femme, disait Duplessis (3), il faut aussi nécessairement qu'elle parle au contrat pour consentir et accepter le remploi, ou qu'elle le ratifie *auparavant la dissolution de la communauté*, autrement elle ne pourrait prétendre ce remploi réel, mais seulement une simple reprise, nonobstant la stipulation faite; d'autant qu'il s'agit de lui acquérir ou subroger un propre, ce qui ne se peut faire sans elle: et il est déjà certain qu'on ne la peut contraindre de prendre cet héritage pour son propre, après la communauté dissolue, si elle en veut. Or, il n'est pas juste que si l'héritage est augmenté de valeur, elle ait la faculté de le prendre; et qu'au contraire, s'il est dépéri et ruiné, elle le puisse refuser pour en faire tomber la perte sur la communauté. Quand une chose est sujette à cette incertitude et qu'il est en la liberté des parties d'exécuter un contrat ou de ne l'exécuter pas, il est vrai de dire qu'il n'y a pas de contrat jusqu'à ce que les parties se soient lié les mains par une acceptation ou exécution formelle, qui ne peut plus être faite ici, où les choses ne sont plus entières, à cause de la dissolution de la communauté, qui acquiert droit à chacun. » Tel était aussi l'avis de Lebrun (4) et de Valin (5).

(1) V. t. III, aux notes, p. 62, note 2, édit. de 1824.

(2) V. MM. Bellot, t. I, p. 516; Toullier, t. XII, n° 362; Duranton, t. XIV, n° 393; Zachariæ, t. III, p. 425.

(3) *De la communauté de biens*, liv. II, chap. IV, sect. II (édit. de 1726, p. 447).

(4) *Loc. cit.*, n° 67.

(5) Cout. de la Rochelle, t. II, p. 618.

Sous l'empire du Code civil, la doctrine, malgré quelques opinions dissidentes (1), s'est rangée à l'avis de Duplessis, de Lebrun et de Valin (2); et la jurisprudence nouvelle tend à se fixer en ce sens (3). Telle est aussi, en principe, notre opinion, qui nous semble virtuellement consacrée par l'art. 1435 : cet article prévoit précisément le cas où le remploi n'a pas été accepté par la femme *avant la dissolution* du mariage, et il énonce que dans ce cas la femme *a simplement droit à la récompense du prix de son immeuble vendu*. Si la femme a simplement ce droit, elle n'a donc pas celui de prétendre à l'immeuble acquis en vue d'un remploi non encore accepté par elle au moment où le mariage est dissous.

Cependant si nous nous conformons aux doctrines reçues, nous n'acceptons pas les motifs sur lesquels ces doctrines sont généralement fondées. On dit, en effet, que si la femme ne doit pas être forcée d'accepter une mauvaise acquisition, il faut au moins, par une juste réciprocité, qu'elle n'ait pas le droit de venir prendre arbitrairement l'immeuble destiné au remploi, lorsqu'après avoir laissé au mari tous les risques et toutes les avances, tant que le mariage a subsisté, elle se présente après la dissolution pour profiter seule des améliorations. Mais, qu'on y songe, cette objection s'élève avec la même puissance non-seulement contre une acceptation faite par la femme après la dissolution du mariage, mais encore contre toute acceptation qui n'accompagne pas le contrat même d'acquisition de l'immeuble destiné au remploi. Évidemment, entre une acceptation postérieure de quelques jours à la dissolution du mariage arrivée par la mort du mari et une acceptation qui n'a précédé que de quelques jours cette dissolution, il n'y a pas une différence telle que l'acceptation dans ce dernier cas puisse être présentée comme exempte de l'esprit de calcul que l'on y relève dans le premier. Nous croirions donc n'être pas conséquents, si, à l'exemple des auteurs dont nous adoptons la doctrine, nous considérions comme non efficace l'acceptation postérieure à la dissolution du

(1) V. notamment l'opinion émise par M. Battur dans son *Traité de la communauté*, t. I, n° 211.

(2) V. MM. Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*, § 2, n° 5; Delvincourt, *loc. cit.*; Malevile, t. III, p. 245; Toullier, t. XII, n°s 360, 361; Dalloz, p. 221, n° 39; Duranton, t. XIV, n° 393; Zachariæ, t. III, p. 425; Benech, *Du remploi*, n°s 85 et 93; Odier, t. I, n° 522.

(3) V. Lyon, 25 novembre 1842 (aff. Alloing); Besançon, 11 janvier 1844 (aff. Barriot).

mariage, tout en reconnaissant que cette acceptation doit produire son effet dès qu'elle a précédé la dissolution du mariage, bien qu'elle ne soit pas contemporaine du contrat d'acquisition. La raison de le décider ainsi se tire, à notre avis, de la nature même de la déclaration faite par le mari, soit dans l'acte d'acquisition, soit plus tard. Qu'est-ce que cette déclaration, en effet? C'est, comme nous l'avons dit, une offre de remploi faite par le mari à la femme. Or, lorsque la communauté est dissoute par la mort du mari, cette offre s'est éteinte avec lui; et toute acceptation est désormais impossible, car on ne saurait accepter une offre dès que cette offre n'existe pas. Telle est, selon nous, la raison de décider.

Par cela même, modifiant la solution généralement proposée, nous dirons que si la communauté était dissoute, soit par la mort de la femme, soit par l'effet d'un jugement prononçant la séparation de biens entre les époux, les héritiers de la femme dans le premier cas, et la femme elle-même dans le second, seraient encore à temps à accepter le remploi offert par le mari. Car le mari est vivant dans l'une et dans l'autre hypothèse, et par conséquent l'offre émanée de lui subsiste; il n'y a donc pas d'obstacle légal à ce que la convention entamée arrive à sa perfection.

510. Mais en quelle forme la femme doit-elle donner son acceptation? Dans les anciens principes, on l'a vu par le passage de Duplessis reproduit au nombre précédent, la femme, pour être liée, devait *parler au contrat*, c'est-à-dire acheter avec son mari l'immeuble destiné au remploi; sinon elle devait *ratifier l'acquisition*. Quelques auteurs se montraient moins exigeants; ils voyaient dans la présence de la femme au contrat, alors même qu'elle n'y parlait pas, un fait suffisant pour qu'on en dût induire l'acceptation du remploi. « Si la femme, dit en effet Pothier, avait souscrit ou avait été présente au contrat d'acquisition de l'héritage, par lequel contrat le mari a déclaré que l'acquisition est faite pour tenir lieu à la femme de son remploi, quoiqu'il ne soit pas dit expressément par le contrat que la femme a accepté cet héritage pour lui tenir lieu de son remploi, la présence ou la souscription de la femme au contrat où cette déclaration est portée en est une suffisante acceptation; et par conséquent nul doute, en ce cas, que cet héritage doit lui en tenir lieu et être un propre de communauté par subrogation (1). »

(1) V. *De la communauté*, n° 200. Nous devons ajouter toutefois qu'à cet égard,

Sous l'empire du Code civil, cette dernière doctrine s'est fait jour. Il a été jugé, en effet, que lorsque la femme est partie au contrat d'acquisition dans lequel le mari déclare que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi, cette intervention suffit pour opérer le remplacement, sans qu'il faille, de la part de la femme, une acceptation en termes exprès (1). C'est aussi l'opinion émise par quelques auteurs (2). En thèse générale, cette solution ne nous semble pas exacte. Qu'elle ait été mise en avant par quelques auteurs sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, nous le comprenons très-bien, parce que la loi ne s'exprimait en aucune manière sur l'acceptation de la femme. Mais le Code civil ne s'est pas tenu dans la même réserve; l'art. 1435 déclare que le remploi n'existe qu'à la condition d'être *formellement accepté* par la femme. Cette expression même est exclusive d'une acceptation tacite; en sorte qu'en principe, on ne peut pas dire que la présence de la femme au contrat d'acquisition suffise par elle seule pour opérer l'acceptation. Cela d'ailleurs est parfaitement juste si l'on songe que la femme étant toujours sous la dépendance du mari, sa présence au contrat ne doit pas être prise comme impliquant nécessairement un consentement de sa part. En faut-il une preuve? On la trouve dans la deuxième disposition de l'art. 1544 où il est dit: « Si la dot est constituée par le père seul pour droits paternels et maternels, *la mère, quoique présente au contrat, ne sera point engagée*, et la dot demeurera en entier à la charge du père. »

Mais de ce que la présence de la femme au contrat d'acquisition ne suffit pas en principe pour opérer l'acceptation, il ne s'ensuit pas que ce fait doive toujours rester inefficace dans ce sens. Les circonstances peuvent lui prêter une autorité qui lui manque, à notre avis, lorsqu'il est isolé; et s'il résultait soit de quelques déclarations contenues dans l'acte d'acquisition, soit

Bourjon n'admettait pas, comme Pothier, que l'acceptation de la femme pût être tacite. Il disait en effet dans son Droit commun, au titre *De la communauté*, VIe part., nº chap., nº 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 rente ou héritage acquis, *et il faut que cette acceptation soit formelle;* sans elle l'action de remploi de la femme subsiste dans toute sa force. »

(1) V. Bruxelles, 10 février 1812 (aff. Caroly).

(2) V. notamment MM. Toullier, t. XII, nº 364; Zachariæ, t. III, p. 425, note 47; Dalloz, t. X, p. 221, nº 40; Odier, t. I, nº 323.

de toutes autres circonstances dont l'appréciation souveraine est dans le domaine des juges du fait, que la présence de la femme impliquait un consentement de sa part, nous ne faisons pas de doute que les juges ne fussent autorisés à proclamer la consommation du remploi sans avoir à redouter la censure de la cour suprême (1).

Lorsque l'acceptation de la femme est postérieure à l'acquisition faite par le mari, il est prudent de donner cette acceptation par acte authentique. M. Duranton va même jusqu'à décider que l'acceptation *doit* être faite par acte devant notaire ou par une notification au mari, ce qui est aussi un acte authentique, et qu'elle ne peut l'être par un acte sous seing privé, parce que cet acte pouvant disparaître facilement, la femme se trouverait avoir de fait une option que l'art. 1435 lui refuse manifestement (2). Nous n'adoptons pas cet avis; si la forme authentique nous semble préférable, elle ne nous paraît pas du moins la seule praticable : l'acte sous seing privé répond aussi, selon nous, aux exigences de la loi, qui se borne, on l'a vu, à demander une acceptation formelle. Seulement, il nous paraîtrait juste de restreindre la portée d'une pareille acceptation; à notre avis, elle ne produirait son effet immédiat qu'entre les époux; quant aux tiers elle ne serait susceptible de leur être opposée que tout autant que l'acte aurait acquis date certaine vis-à-vis d'eux par l'une des circonstances déterminées dans l'art. 1328 du Code civil (3).

Dans la même hypothèse d'une acceptation postérieure au contrat d'acquisition, nous ne pensons pas que la femme ait besoin, pour accepter, de l'autorisation de son mari. Il s'agit ici d'un acte purement conservatoire qui, par sa nature même, est

(1) *Conf.* M. Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.* — Il a été jugé, en ce sens, que l'arrêt qui décide par interprétation, que le remploi des deniers d'une femme mariée et l'acceptation par elle de ce remploi peuvent s'induire des termes généraux du contrat d'acquisition, ne donne point ouverture à cassation. *Civ. rej.*, 17 août 1813 (aff. Bilbocq). Dans son Traité récent sur l'emploi et le remploi, M. Benech, qui cite cet arrêt, le signale comme une abdication, par la cour de cassation, du droit de censure que la loi lui a conféré. V. n° 43. C'est prendre trop à la lettre les mots *formellement accepté* employés dans l'art. 1435 du Code civil. L'acceptation *formelle*, dont parle la loi, doit se traduire, selon nous, par l'*acceptation certaine*. Or de cette certitude comment ne serait-on pas disposé à faire juges souverains les juges du fond?

(2) V. t. XIV, n° 394. C'est aussi l'avis de M. Odier, t. I, n° 323.

(3) V. *Conf.* M. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 46.

en dehors de la règle générale consacrée par l'art. 217. D'ailleurs, le mari est censé avoir accordé l'autorisation par avance lorsqu'il a fait l'acquisition avec déclaration que c'était pour tenir lieu à sa femme d'un propre aliéné (1). A plus forte raison l'autorisation se trouve-t-elle virtuellement accordée lorsque l'acceptation intervient dans le contrat même d'acquisition auquel la femme est présente avec son mari.

Dans tous les cas, enfin, l'acceptation doit être pure et simple de la part de la femme. Celle-ci ne serait pas autorisée à scinder son consentement : ainsi elle ne pourrait pas accepter le remploi pour partie et le répudier pour partie. Mais si le remploi avait été fait au moyen de plusieurs acquisitions successives, la raison même indique qu'il en pourrait être autrement. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que, dans le cas, par exemple, où un immeuble de la valeur de 30,000 fr. a été remplacé par trois immeubles de 10,000 fr. chacun, la femme après avoir accepté l'un des immeubles acquis à titre de remploi, refuse l'autre ou les deux autres. Chacune des acquisitions doit être considérée comme constituant un remploi distinct.

511. L'effet immédiat de l'acceptation est d'attribuer à la femme l'immeuble acquis par le mari à titre de remploi. Pothier dit même que « si la femme ratifie, la ratification ayant un effet rétroactif, suivant la règle de droit *ratihabitio mandato comparatur*, l'héritage sera censé avoir été dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu du remploi de la femme et avoir toujours été en conséquence propre de communauté de la femme par subrogation (2). » Toutefois ceci ne doit pas être accepté d'une manière absolue. Parfaitement exacte quant aux époux dans leurs rapports entre eux, la proposition de Pothier manque complétement d'exactitude à l'égard des tiers auxquels le mari aurait conféré, dans l'intervalle de l'acquisition à l'acceptation, des droits sur l'immeuble acheté avec déclaration de remploi. On ne doit pas oublier que l'acquisition constitue, tant que l'acceptation n'a pas été donnée, une offre pure et simple de la part du mari, offre que ce dernier peut retirer ou modifier à sa volonté (3) et que tant que cette acquisition subsiste à l'état d'offre,

(1) V. M. Duranton, t. XIV, n° 395.

(2) V. *De la communauté*, n° 200.

(3) M. Battur enseigne cependant que le remploi est une obligation pour le mari, et que la déclaration donnant à la femme le droit de l'accepter, on doit refuser au mari la faculté de rétracter sa déclaration de remploi, tant qu'elle n'a pas été acceptée. V. *De la communauté*, t. II, n° 588. Mais n'est-ce pas

l'immeuble qui en est l'objet n'est pas réellement un propre pour la femme, mais bien un conquêt pour la communauté. Si donc le mari a aliéné cet immeuble, comme il en a le droit, ou s'il l'a grevé d'hypothèques ou de servitudes, l'acceptation ultérieure de la femme, qui ne saurait détruire l'effet de ces conventions, sera complétement inefficace dans le premier cas, et dans le second elle ne transmettra l'immeuble qu'à la charge des hypothèques ou des servitudes dont le mari l'aurait grevé (1). Ainsi, rétroactive à l'égard du mari, l'acceptation ne le sera jamais à l'égard des tiers. Tel est l'esprit dans lequel a été conçue la disposition de la loi (2).

C'est donc au moment où elle intervient que l'acceptation transmet à la femme l'immeuble acquis par le mari avec déclaration de remploi, et elle le lui transmet tel qu'il se trouve en ce moment.

Mais l'acceptation opère tant en faveur de la femme que contre elle : en d'autres termes, de même qu'elle lie la femme, de même aussi elle lie le mari.

aussi une obligation pour le débiteur de payer ses dettes? Et les offres qu'il ferait ne donneraient-elles pas aussi au créancier le droit de les accepter? Cependant il est élémentaire que tant que l'acceptation n'a pas été faite par le créancier, le débiteur a le droit de rétracter ses offres. Pourquoi le mari ne pourrait-il donc pas rétracter une déclaration de remploi qui n'est aussi qu'une offre de sa part?...

(1) Il a été jugé dans ce sens que la femme qui a reçu en remplacement de ses biens aliénés des immeubles appartenant à son mari, qui se trouvaient grevés d'hypothèques, ne peut s'opposer à l'exercice de l'action hypothécaire de la part des créanciers inscrits; elle n'a que le droit de réclamer sa collocation sur le prix d'adjudication de ses immeubles. Caen, 22 février 1845 (aff. Lemouton). V. encore dans le même sens, Agen, 2 fév. 1836 (aff Saint-Mézard).

(2) Cela résulte, en effet, de la discussion qui s'est engagée au sein du conseil d'état, le 13 vendémiaire an XII, sur la rédaction de l'art. 1435. Entre autres observations que l'on trouve dans cette discussion d'ailleurs assez confuse, voici celle que l'on doit remarquer : « M. Berlier dit que la faculté réclamée par M. Jolivet au profit de la femme (celle d'accepter le remploi même après la dissolution de la communauté) aurait pour désavantage de laisser la propriété longtemps incertaine; et que deviendraient dans l'intervalle les actions des tiers? Que deviendraient aussi les droits par eux acquis à l'époque où il plairait à la femme d'accepter le remploi? M. Tronchet dit qu'il faudrait même amender cet amendement par la condition que l'immeuble existera encore en nature dans la communauté, et n'aura pas été hypothéqué; car il est conquêt de communauté tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné la qualité de propre. Le consul Cambacérès et M. Treilhard disent que l'article doit être ainsi entendu. » V. M. Locré, t. XIII, p. 195.

Ainsi, d'une part, l'immeuble devenant un propre pour la femme à dater de l'acceptation, il est dès ce moment même aux risques de la femme ; en sorte que si l'immeuble vient à périr, il périra pour elle. Ainsi encore le mari se trouve complétement libéré de son obligation de remploi par l'effet de l'acceptation : selon l'opinion commune, la femme ne pourrait être relevée du consentement donné par elle, à moins qu'elle ne fût en état de minorité au moment où elle a consenti, à moins encore qu'elle ne pût invoquer des causes de nullité ou des causes de rescision consacrées par le droit commun.

D'une autre part, l'acceptation du remploi une fois faite, la femme est irrévocablement saisie de l'immeuble qu'elle a accepté en remplacement de son propre aliéné. Par suite, les tiers qui, depuis l'acceptation, auraient traité avec le mari au sujet de l'immeuble accepté en remploi par la femme, auraient traité avec un non propriétaire, et leurs conventions seraient comme non avenues ; ils auraient à s'imputer de n'avoir pas fait intervenir la femme, propriétaire sous la condition suspensive de son acceptation, pour s'assurer si elle avait donné ou non cette acceptation. Par suite encore si l'immeuble s'est amélioré, la plus value profite exclusivement à la femme ; le mari n'y peut rien prétendre ni en son nom, ni au nom de la communauté. Il en est ainsi alors même qu'il viendrait à être prouvé, contrairement à la déclaration du mari, que l'immeuble acquis n'a pas été payé des deniers de la femme et pour en faire emploi, mais bien des deniers pris dans le fonds commun. La cour de cassation a jugé, en effet, que lorsqu'un immeuble acquis par le mari, pour servir de remploi aux deniers de la femme, a été accepté par elle, à ce titre, le mari ne peut en changer la destination et le faire entrer dans les biens de la communauté, en alléguant qu'il n'a pas effectivement payé l'immeuble avec les deniers de la femme qu'il avait entre les mains (1). La cour a considéré avec raison que la femme ayant accepté le remploi sur la déclaration de son mari, la disposition de l'art. 1435 s'était trouvée remplie, et dès lors qu'il n'avait pu dépendre du mari seul de porter atteinte à un engagement synallagmatique, en négligeant d'acquitter le prix de l'acquisition comme il s'y était obligé.

Toutefois si la femme venait à être reconnue non propriétaire

(1) *Civ. rej.*, 6 décembre 1819 (aff. Voitier). V. dans le même sens, *Req. rej.*, 23 novembre 1826 (aff. Fresnais). V. aussi MM. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Remploi*, § 11, et Toullier, t. XIII, n° 371.

de l'immeuble aliéné en remplacement duquel le remploi a été effectué, par exemple si les acquéreurs de l'immeuble aliéné avaient été évincés par le véritable propriétaire, il est évident que l'acceptation du remploi ne devrait pas avoir pour effet de conférer un propre à la femme. Dès qu'il n'y avait pas de propre à remplacer, il ne peut y avoir de propre de subrogation : l'immeuble acquis et primitivement destiné au remploi, devient, par la force même des choses, un conquêt de communauté. La cour d'Angers s'est très-justement prononcée en ce sens par arrêt du 17 mars 1833.

512. Ainsi fixés sur le mode de remploi, soit qu'il ait lieu dans l'intérêt du mari, soit qu'il ait lieu en faveur de la femme, nous nous demanderons à quelle époque le remploi doit être effectué? Sur ce point, on peut dire que la loi ne fixe rien d'une manière précise. Elle suppose que l'aliénation du propre est déjà consommée au moment où le remploi peut être fait, car les articles 1434 et 1435 parlent du remploi opéré au moyen des deniers provenus, *soit de l'aliénation* de l'immeuble personnel au mari, soit de *l'immeuble vendu* par la femme. Mais cette supposition est-elle absolue?

Avant tout, nous reconnaissons qu'en général le remploi suit l'aliénation du propre à remplacer; c'est la marche naturelle des choses. Le remploi, nous l'avons dit, est le remplacement d'une chose par une autre; donc, avant de mettre une chose à la place d'une autre, il est naturel que cette dernière ait été déplacée. Du reste, lorsque les faits suivent ce cours régulier, il n'y a pas, dans le cas de remploi facultatif dont nous nous occupons en ce moment, de délai dans lequel le remploi doive être effectué. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le remploi suive immédiatement l'aliénation du propre à remplacer; dans le cas même où ce propre appartenait à la femme, il suffit que le remploi soit fait avant la fin de l'administration du mari. Renfermer l'action du mari dans des limites plus étroites, ce serait compromettre les intérêts de la femme, car il arrivera rarement qu'au moment où la femme a trouvé l'occasion de vendre avec avantage, le mari trouve aussi l'occasion d'acheter avantageusement un immeuble en remploi. D'ailleurs, encore une fois, le remploi est ici facultatif : sur quel fondement la responsabilité du mari pourrait-elle donc être engagée par le retard plus ou moins grand qu'il mettrait à agir? Sous ce rapport, il n'y a réellement pas de difficulté.

Mais le remploi peut-il être effectué par anticipation? Voilà

une question délicate qui a fait naître, en doctrine et en jurisprudence, un dissentiment profond. En se plaçant dans l'ordre d'idées purement métaphysiques dont nous parlions tout à l'heure, M. Toullier (1) estime « qu'il répugne à la nature même des choses de remployer un prix qui n'existe pas, qui ne peut pas être connu ; qu'on mette une chose à la place d'une autre qui n'est pas déplacée, qui occupe encore sa place. » MM. Battur, Bellot, Dalloz, Odier, se prononcent dans le même sens (2). Mais d'autres auteurs sont d'un avis contraire (3). Quelques-uns, enfin, prenant un terme moyen, enseignent que le remploi, quoique anticipé, est valable en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, mais qu'il est nul en ce qui concerne les rapports des époux avec les tiers, surtout avec les personnes qui auraient acquis des droits réels sur les immeubles achetés en remploi des propres non encore aliénés (4).

Même incertitude dans la jurisprudence : ainsi, tandis que les cours de Poitiers, d'Angers, de Bordeaux, et la cour de cassation, se prononcent pour la validité du remploi anticipé (5) ; celles de Paris et de Bourges en proclament la nullité (6) ; enfin, la cour d'Angers, modifiant sa première doctrine, distingue entre le remploi des propres du mari et le remploi des propres de la femme et ne le considère comme valable, en cas d'anticipation, que s'il a lieu dans l'intérêt de la femme (7).

Dans ce conflit d'opinions, quel est le parti à prendre ? Nous croyons, pour notre part, que la doctrine de la cour de cassation adoptée par les cours de Poitiers, d'Angers et de Bordeaux doit être préférée. Nous ne considérons comme bien décisives ni l'objection faite par M. Toullier, ni l'objection prise du texte de la loi, seules objections cependant sur lesquelles repose la doctrine contraire. En effet, d'une part, que prouve-t-on en di-

(1) T. XII, n° 370.

(2) V. MM. Bellot des Minières, t. I, p. 521; Armand Dalloz, *Dict. gén.*, v° *Remploi*, n° 29 ; Odier, t. I, n° 326.

(3) V. MM. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° *Remploi*, n° 39; Coulon, *Quest. de droit*, t. III, p. 413 et suiv. ; Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conjugale*, n° 264.

(4) V. M. Zachariæ, t. III, p. 424, note 43.

(5) V. Poitiers, 19 janvier 1825 (aff. Metreau) ; Angers, 5 février 1829 (aff. Roux) ; Bordeaux, 12 janvier 1838 (aff. Rives) ; *Req. rej.*, 23 novembre 1826 (aff. Fresnais).

(6) V. Paris, 27 janvier 1820 (aff. Maurissure) ; Bourges, 1er août 1838 (aff. Boudoux).

(7) V. Angers, 6 mars 1844 (aff. Renard).

sant que l'on ne remplace pas une chose qui occupe sa place? Ne sait-on pas que les transactions civiles sont remplies d'actes où se rencontre cette anomalie prétendue? Ainsi on peut vendre ou échanger sous condition : et dans ce cas, que fait-on d'autre que remplacer une chose non encore déplacée, mais qui le sera un jour ou qui pourra l'être? Ainsi encore, le remploi des biens dotaux aliénés est garanti par une hypothèque qui remonte à la célébration du mariage. Or, quand les immeubles ne sont aliénés qu'à une époque éloignée de la célébration du mariage, cette rétroactivité que fait-elle autre chose que donner une garantie pour la conservation de biens qui existent encore et ne sont pas déplacés?..... Pourquoi donc trouverait-on si étrange et si contraire à la raison le remplacement anticipé de propres non encore aliénés par des biens nouvellement acquis en vue d'une aliénation prochaine des propres? Ces propres ne sont pas déplacés sans doute; mais ils le seront un jour, et la raison ne répugne pas invinciblement à cet emploi éventuel.

D'un autre côté, le texte de la loi n'y résiste pas davantage. Les art. 1434 et 1435 disent, il est vrai, que le remploi est censé fait lorsqu'on a déclaré, lors d'une acquisition, qu'elle a été faite des deniers provenus de *l'aliénation de l'immeuble*, des deniers provenus d'un *immeuble vendu*. Mais qu'est-ce à dire? Évidemment, le législateur a statué dans la prévision du cas le plus ordinaire. S'ensuit-il que la loi soit nécessairement inapplicable dans les cas analogues où il est satisfait sinon à ses dispositions littérales, du moins à son esprit? Non, sans doute. Pourquoi donc repousserait-on *à priori* le remploi par cela seul qu'il serait anticipé? Assurément une acquisition antérieure à l'aliénation du propre de l'un des époux n'exclut pas par elle-même l'idée qu'elle soit faite en vue de remplacer dans l'avenir ce propre que l'on se propose d'aliéner. Car quelles sont les conditions essentielles de tout remploi? Elles se réduisent à deux: l'une, que l'acquisition nouvelle soit faite des deniers provenus du propre remplacé; l'autre, que l'intention de faire le remploi ait été manifestée soit par le mari si le remploi est fait dans son intérêt, soit par les deux époux si le remploi est fait dans l'intérêt de la femme. Or ces deux conditions peuvent se réaliser même dans l'hypothèse d'un remploi fait par anticipation. Ainsi, l'on pourrait indiquer nettement les propres qui doivent être ultérieurement aliénés, déléguer le prix à venir de ces propres au vendeur de l'immeuble acquis en remploi par anticipation, afin qu'il soit bien constaté que le prix de l'acquisition est payé des deniers provenus des

propres aliénés, sauf, pour plus de certitude, à faire constater encore ce fait dans la quittance, et enfin, au besoin, exiger de ce vendeur qu'il renonce à toute action résolutoire (1). En présence de déclarations semblables et dans tous les cas enfin où les conditions constitutives du remploi se produiraient avec la même évidence, déclarer ce remploi nul par cela seul qu'il aurait été fait par anticipation, ce serait sacrifier l'esprit de la loi à la lettre, et bien souvent compromettre l'intérêt des époux, notamment celui de la femme, sous prétexte de le protéger. En effet, refuser au mari le droit de faire une acquisition par cela seul que les propres de la femme n'ont pas été aliénés, ce serait quelquefois, en restreignant outre mesure les pouvoirs qu'il tient de la loi, l'exposer à perdre une occasion favorable que l'avenir ne lui rendrait peut-être pas.

513. La loi ne doit pas non plus être prise dans un sens restrictif en ce qui concerne les propres dont les époux peuvent opérer l'emploi ou le remploi. Pris à la lettre, les art. 1434 et 1435 sembleraient indiquer que l'aliénation pendant le mariage d'immeubles ou de droits immobiliers propres à l'un des époux pourrait seule autoriser le remploi. C'est ainsi, en effet, que ces textes ont été entendus par M. Duranton (2). En conséquence cet auteur enseigne que les acquisitions d'immeubles faites par un mari avec des deniers à lui propres, parce qu'ils lui avaient été donnés ou légués avec la déclaration qu'ils n'entreraient point en communauté, ou parce qu'il se les était réservés par le contrat de mariage, ne lui seraient pas propres pour cela. Ce ne serait pas là, dit M. Duranton, un *remploi* de droits immobiliers aliénés; ce serait simplement un *emploi* de deniers. Mais qu'importe? La différence est dans les mots et non pas dans les choses. Évidemment, si dans les art. 1433 et suivants, le législateur s'occupe du cas où un immeuble personnel à l'un des époux a été vendu pendant la communauté pour lui garantir, soit la reprise, soit le remploi du prix, il n'en résulte en aucune manière que le remploi ne puisse pas aussi être invoqué lorsqu'il s'agit

(1) La cour de Paris vient de décider par un arrêt encore inédit (cet arrêt a été rendu dans les derniers jours du mois de mars 1847) qu'un tel remploi est valable lorsqu'il concourt avec les circonstances ci-dessus indiquées. Il est vrai de dire qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un remploi imposé par un contrat de mariage stipulant le régime dotal.

(2) V. t. XIV, n° 389. V. dans le même sens MM. Dalloz aîné, *Rép.*, t. X, p. 196, n° 60, et Armand Dalloz, *Dict.*, v° *Remploi*, n° 3, et *Rec. pér.*, 1842, 2, 43.

d'une somme mobilière employée à une acquisition d'immeubles. Cela nous paraît surtout évident lorsque la somme d'argent qui a servi à l'acquisition des immeubles appartenait à la femme. Dans ce cas, en effet, l'art. 1595 du Code civil fournit un argument décisif. Aux termes de cet article, le mari peut céder un immeuble à sa femme *en remploi de deniers à elle appartenant*, en tant que ces deniers ne tombent pas dans la communauté. Or, si une cession faite dans ces circonstances consolide la propriété sur la tête de la femme et lui procure un propre immobilier à la place de propres mobiliers, comment n'en serait-il pas de même de la vente faite par un étranger, lorsque le prix a été payé, du consentement du mari, avec les deniers propres à la femme? Ce que le mari peut faire, dans ce cas, sur ses propres immeubles, pourquoi ne le pourrait-il pas sur des immeubles vendus par un étranger, pourvu toutefois que l'emploi soit accepté par la femme conformément aux règles ci-dessus exposées?...

Mais abstraction faite de ce texte, qui légitime en particulier le droit de la femme, on arrive à la même solution par des considérations qui protégent également l'intérêt des deux époux. En généralisant ainsi, on peut dire qu'en droit, il n'y a pas de raison pour traiter les époux plus rigoureusement lorsqu'il s'agit de leurs propres mobiliers que lorsqu'il s'agit de leurs propres immobiliers. En veut-on une preuve? Elle est dans l'art. 1470, dont les dispositions suppléeraient au besoin au silence gardé par le législateur dans les art. 1433 et suiv., à l'égard du remploi des propres mobiliers. L'art. 1470 donne, en effet, à chaque époux ou à ses héritiers le droit de prélever sur la masse des biens « 1° les biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en *remploi*; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la *communauté et dont il n'a point été fait remploi....* » Comme on le voit, cet article ne fait aucune distinction en ce qui concerne *les biens personnels* dont il autorise le prélèvement, soit que ces biens existent en nature, *soit qu'ils se trouvent représentés par la voie du remploi :* cet article doit donc s'entendre des biens meubles autant que des biens immeubles; et par cela même il implique l'idée que les premiers peuvent aussi bien que les seconds être l'objet d'un emploi ou d'un remploi en immeubles, emploi ou remploi qui confère aux immeubles acquis la qualité de propre par subrogation.

Ces considérations ont prévalu en jurisprudence; en conséquence, dans le régime de la communauté d'acquêts, qui, on le

verra par la suite (1), exclut de l'actif tous les biens présents des époux et ne constitue qu'une société de biens à acquérir, il a été reconnu que des immeubles achetés avec des deniers propres de la femme, sont propres à la femme, comme le seraient des immeubles acquis en remploi de propres immobiliers, et cela alors même qu'il n'y a pas eu stipulation d'emploi dans le contrat de mariage (2). Les auteurs, en général, se sont aussi prononcés dans le sens de cette solution (3).

514. Mais quelle espèce de biens peut être affectée au remploi? Dans le silence du contrat de mariage à cet égard, et l'on sait que traitant ici du remploi facultatif, nous sommes placés précisément dans cette hypothèse, la raison même indique que le remploi doit être effectué en biens de la même nature que ceux dont le remplacement est effectué. Ainsi, supposons que la femme ait aliéné un immeuble à elle propre, si le mari juge à propos de faire le remploi, l'acquisition faite en vue de ce remploi devra avoir un immeuble pour objet, ou tout au moins des droits immobiliers (4); car il n'est pas indispensable que la chose acquise en remploi appartienne à l'espèce même de celle que la femme a aliénée. — La cour de Caen a jugé en ce sens que le remploi d'un immeuble corporel aliéné par la femme pendant le mariage est valablement effectué en acquisition d'actions sur la banque de France immobilisées (5). Par la même raison on décidait, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence,

(1) V. notre t. II, n. 22 et suiv.

(2) V. Toulouse, 27 mai 1834 (aff. Costé); Paris, 9 juillet 1841 (aff. Bouard). La même doctrine a été implicitement consacrée par l'arrêt déjà cité du 6 décembre 1819, rendu par la chambre civile de la cour de cassation (aff. Voitier). Elle résulte encore d'un arrêt qui a décidé que lorsqu'un officier ministériel en charge se marie sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, on doit considérer comme constituant un remploi l'acquisition qu'il fait d'un nouvel office avec les deniers provenant de la vente de celui qu'il occupait et qu'il a aliéné pendant son mariage. Caen, 6 mai 1839 (aff. Brunet). La cour est même allée jusqu'à dire, dans l'espèce, que l'acte d'acquisition du nouvel office avait pu n'être pas accompagné de la déclaration de remploi.

(3) V. MM. Toullier, t. XII, n. 356; Battur, t. I, n° 209; Rolland de Villargues, v° *Remploi*, n° 25; Zachariæ, t. III, p. 426; Taulier, t. V, p. 111; Odier, t. I, n. 327.

(4) La cour de cassation semble admettre en principe que le remploi des immeubles propres de la femme ne peut avoir lieu en biens meubles; mais elle décide que les dispositions de la loi, sur ce point, étant introduites dans l'intérêt de la femme, celle-ci seule ou ses représentants peuvent invoquer la nullité. *Req. rej.*, 21 juin 1842 (aff. Revel).

(5) Caen, 8 mai 1838 (aff. Thorel de la Trouplinière c. Corbin).

que si le mari avait acquis une rente pour tenir lieu de remploi à sa femme d'un immeuble corporel aliéné, la femme seule devait supporter, dès qu'elle avait consenti à ce remploi, la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur survenue depuis l'acceptation de la femme (1). Cela tenait à ce que les rentes, dans l'ancienne législation, étaient considérées, en général du moins, comme des valeurs immobilières. D'après les règles que nous avons exposées, la solution serait différente en ce sens que la perte, dans l'hypothèse de Pothier, devrait être supportée par la communauté, aujourd'hui que dans l'état de la législation les rentes sont rangées dans la classe des biens meubles. Le principe se trouve virtuellement consacré dans l'arrêt précité de la cour de Caen (2).

Du reste, lorsqu'il s'agit de remplacer un meuble aliéné par la femme, le mari peut lui donner en remploi l'un de ses propres personnels: telle est la disposition expresse de l'art. 1595-2°. Par cela même il nous semble incontestable que le mari peut donner en remploi à la femme un immeuble de la communauté. *Car, si le mari qui n'est que* débiteur subsidiaire envers sa femme *peut lui donner un de ses biens propres en* payement, à plus forte raison doit-il pouvoir lui donner un immeuble appartenant au fonds commun, puisque c'est ce fonds qui est principalement débiteur envers la femme dont l'immeuble a été aliéné (3). M. Toullier va même jusqu'à décider que si, en sens inverse, le remploi était dû au mari qui aurait omis, lors de l'acquisition d'un conquêt, de faire la déclaration prescrite par l'art. 1434, la femme pourrait consentir, pendant le mariage, la cession de ce conquêt à son mari (4). Nous ne saurions aller jusque-là. Une telle cession n'est pas du nombre de celles que l'art. 1595 autorise; et il est de principe que les époux ne peuvent contracter

(1) Tel est du moins l'avis de Pothier, *De la communauté*, n° 199. Lebrun, *De la communauté*, liv. III, ch. II, sect. I, dist. 2, n° 74, enseignait au contraire, sur ce point, que le mari était, malgré l'acceptation de la femme, garant de la solvabilité du débi-rentier.

(2) V. aussi *Conf.* M. Bugnet sur Pothier. *Quid* s'il y avait séparation de biens? le mari serait-il encore garant? V. sur ce point notre commentaire sur l'art. 1450, t. II, n°s 892 et suiv.

(3) *Conf. Req. rej.*, 9 mars 1838 (aff. Ducrocq, Poupillier et consorts). V. aussi M. Bugnet sur Pothier, *loc. cit.*, et notre t. II, n° 751. M. Delvincourt est cependant d'un avis contraire. V. t. III, aux notes, p. 62, note 2 de l'édit. de 1824.

(4) V. t. XII, n° 366.

ensemble si ce n'est dans les cas exceptionnels formellement prévus par la loi.

Le but même du remploi montre que les biens acquis à ce titre doivent, autant que possible, être d'une valeur égale à celle des biens aliénés. Néanmoins, s'il arrivait que le prix de la nouvelle acquisition excédât de beaucoup la valeur de l'immeuble aliéné, quelle serait la qualité de l'immeuble nouvellement acquis? Dans les principes généralement suivis sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, on tenait que l'immeuble était propre de communauté par subrogation jusqu'à concurrence du prix pour lequel l'héritage propre avait été vendu, et conquêt pour le surplus. « Par exemple, dit Pothier (1), si j'ai vendu mon héritage propre pour le prix de 12,000 livres, et que j'en aie acheté un autre pour le prix de 24,000 livres, avec déclaration que c'était pour me tenir lieu de remploi du prix qui m'était dû de celui que j'ai vendu 12,000 livres, cet héritage nouvellement acquis ne sera propre de communauté par subrogation que jusqu'à concurrence de 12,000 livres, c'est-à-dire pour la moitié; il sera conquêt pour le surplus. Je suis censé, en ce cas, avoir fait l'acquisition pour moitié pour mon compte particulier et pour me tenir lieu de remploi, et l'avoir faite pour l'autre moitié pour le compte de la communauté. » Cette solution se combine trop bien avec le principe qui enlève aux époux la faculté de se faire des propres pour qu'elle ne doive pas être suivie encore aujourd'hui (2). Toutefois, Pothier, d'accord en cela avec les anciens auteurs, apportant un tempérament à sa doctrine, enseignait que si la différence existante entre le propre aliéné et les biens acquis à titre de remploi était peu considérable, par exemple, si l'héritage avait été vendu pour 12,000 livres et si un autre avait été acquis depuis pour 13,000 livres, ce dernier était propre en totalité, sauf récompense à la communauté. « Je pense, dit Pothier, qu'il est bien plus raisonnable que je sois censé avoir fait cette acquisition entièrement pour mon compte et que l'héritage me soit propre en total, à la charge de la récompense de 1,000 livres envers la communauté, plutôt que de regarder cette acquisition comme faite pour la treizième partie pour le compte

(1) *De la communauté*, n° 198.

(2) Elle a été consacrée en effet par la cour suprême, qui a décidé que la déclaration du mari qu'un immeuble est payé en partie des deniers dotaux de la femme et destiné à remploi, et l'acceptation de la femme, rendent l'immeuble propre de la femme jusqu'à due concurrence. *Civ. cass.*, 20 juin 1821 (aff. Thouroude-d'Aptot).

de la communauté dans laquelle ma femme aurait une vingt-sixième partie. » Le Code civil est conçu dans un esprit essentiellement contraire aux indivisions, et cela doit faire admettre aussi le tempérament présenté par Pothier.

515. Les frais de l'acte contenant remploi sont à la charge de l'époux que ce remploi concerne. Ce serait ici le cas de parler des droits d'enregistrement qui font naturellement partie de ces frais. Mais le remploi n'est pas propre au régime de la communauté; il a lieu aussi dans le régime dotal : d'un autre côté, soit qu'on l'apprécie dans ses rapports avec le régime dotal, soit qu'on l'envisage dans ses rapports avec le régime de la communauté, le résultat se traduit toujours en une acquisition nouvelle, et la question est dans tous les cas de savoir pour qui cette acquisition est faite. Il suit de là que les règles de la perception ne varient pas : c'est pourquoi il nous a paru plus convenable de réunir tout ce qui concerne le remploi, au point de vue de la loi fiscale, dans des observations communes à tous les régimes, et d'en traiter après avoir fait connaître l'ensemble des règles du droit civil sur la matière (1).

516. *Du remploi conventionnel.* — Le remploi conventionnel est celui dont l'obligation a été imposée par le contrat de mariage. L'usage en remonte à une époque où la législation coutumière n'allouait aux époux le remploi du prix de leurs propres que tout autant que ce remploi était expressément stipulé dans le contrat de mariage. Dans cet état de la législation qui faisait dire à Loysel « le mari ne peut se lever trop matin pour vendre le bien de sa femme, » il était de principe qu'à défaut de stipulation de remploi dans le contrat de mariage, ou au moins dans l'acte d'aliénation, le conjoint ne pouvait prétendre à aucun remploi ni reprise du prix de son propre aliéné pendant le mariage. En conséquence, l'usage s'était établi de stipuler dans les contrats de mariage « que le remploi des propres de chacun des futurs époux qui seraient aliénés pendant le mariage aurait lieu comme à l'ordinaire; » et cet usage se maintint même après que la nouvelle coutume de Paris, modifiant l'ancien état de choses pour fermer la voie qui était ouverte aux conjoints de s'avantager, eût disposé par son art. 232 que, « si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la com-

(1) V. notre t. II, nos 746 à 756.

munauté, au profit de celui à qui appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant n'eût été convenu du remploi ou récompense, et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faite. » Même sous l'empire de cette disposition qui fut reproduite par la coutume d'Orléans, art. 192, et que la jurisprudence avait fini par étendre à tous les pays dont la coutume était muette sur ce point (1), on vit se produire communément la clause de remploi dans les contrats de mariage; seulement on y ajoutait, pour l'utiliser, que l'action de remploi serait de nature immobilière pour celui qui aurait droit de l'exercer et pour ses héritiers (2). Aujourd'hui, par les considérations déjà déduites (3), cette dernière précision n'aurait plus d'objet; aussi on la rencontre rarement dans les contrats de mariage. Mais la clause principale, la stipulation de remploi s'y trouve fréquemment; elle s'y produit le plus ordinairement dans l'intérêt de la femme et à l'occasion de ses propres; elle est stipulée, dans la supposition d'une aliénation volontaire, en vue de lier plus étroitement le mari, auquel elle fait un devoir de ce qui, en l'absence de la clause, n'eût été qu'une simple faculté.

Ajoutons encore que cette stipulation peut n'avoir pas seulement pour objet le remplacement des propres immobiliers aliénés; elle a pour objet aussi quelquefois, dans un intérêt de conservation, de substituer à des propres mobiliers, des immeubles ou des droits immobiliers : la convention est alors plus particulièrement désignée sous la dénomination de clause d'*emploi*. Elle n'est pas incompatible avec les principes généraux de la communauté légale, où, malgré que toute la fortune mobilière

(1) V. Brodeau sur Louet, lettre R, sommaire 30, n° 11, et les arrêts qu'il rapporte. La disposition de la coutume de Paris se trouve aussi dans l'art. 439 de celle de Bretagne; et la jurisprudence est allée jusqu'à décider que cet article protégeait non pas seulement les propres réels, c'est-à-dire les immeubles, mais encore les propres fictifs, c'est-à-dire les deniers, meubles de leur nature rendus propres par l'effet de la convention. *Civ. cass.*, 22 germinal an x (aff. Cornibert). Cela vient à l'appui de la doctrine exposée *suprà*, n. 513.

(2) On trouve dans la jurisprudence des traces assez récentes de cette dernière précision. Il a été jugé, en effet, que lorsque dans un contrat de mariage antérieur au Code civil, il a été stipulé que l'action en remploi des propres des époux, aliénés pendant le mariage, sera de nature propre et immobilière, et que l'un des époux fait donation à l'autre des effets mobiliers qu'il laissera à son décès, la donation n'embrasse point l'action en remploi du propre de l'époux donateur. *Civ. rej.*, 27 avril 1822 (aff. Aubry) et 27 avril 1841 (aff. Dubois). V. aussi M. Toullier, t. XII, n° 369.

(3) V. *suprà*, n° 335.

des époux fasse partie de l'actif social, il peut cependant se faire qu'il y ait des propres mobiliers, par exemple s'il a été fait une donation ou un legs de sommes ou de valeurs mobilières sous la condition que les choses données n'entreraient pas en communauté ; mais la stipulation se produit plus généralement dans le système de la communauté conventionnelle ; elle fait très-ordinairement partie des contrats de mariage stipulant, soit la communauté réduite aux acquêts, soit une clause de réalisation. Quelquefois la convention est principale dans le contrat de mariage et constitue elle-même une convention tacite de réalisation ; tel est le cas prévu par l'art. 93 de la coutume de Paris. La loi nouvelle ne prévoit pas expressément ce cas, qui cependant n'est en aucune manière inconciliable avec les dispositions des art. 1500 et 1503. Nous y reviendrons d'une manière toute spéciale dans notre commentaire de ces articles (1).

517. Après ce que nous avons dit à l'occasion du remploi facultatif, nous n'avons pas à insister, à propos du remploi ou de l'emploi conventionnel, sur le mode suivant lequel cet emploi ou ce remploi doit être fait. Ici encore, les art. 1434 et 1435 du Code civil servent de règle. Ainsi, en ce qui concerne le remploi ou l'emploi fait dans l'intérêt du mari, le remplacement est complet et régulier lorsque, dans l'acquisition, il est déclaré qu'elle a été faite des deniers propres du mari à ce destinés, et pour lui servir de remploi (2). S'agit-il de la femme, la régularité de l'emploi ou du remploi résulte de ces mêmes déclarations combinées avec l'acceptation de la femme. Toutefois, en ce dernier point, la jurisprudence et la doctrine présentent quelques dissidences. On admet généralement que, nonobstant la stipulation contenue au contrat de mariage, la déclaration d'origine des deniers et d'emploi ou de remploi doit être faite par le mari dans l'acte même d'acquisition, sans quoi on rentrerait dans la présomption générale d'après laquelle toute acquisition faite pendant le mariage procure un conquêt à la communauté (3). Mais on n'admet pas également que l'emploi ou le remploi réservé par le contrat de mariage soit soumis,

(1) V. notre t. II, nos 66 et 67.

(2) *Conf. Req. rej.*, 26 mai 1835 (aff. Dulauloy).

(3) Il en était ainsi avant la promulgation du Code civil, et il a été jugé par application de la règle que l'emploi des deniers propres de la femme pouvait être refusé par ses héritiers si le mari avait omis de déclarer l'origine des deniers à mesure qu'il en opérait le placement. Paris, 5 fructidor an XIII (aff. Delorme).

pour sa validité, à l'acceptation de la femme. Ainsi en a jugé la cour de Paris (1), et plusieurs auteurs se sont prononcés en ce sens, par le motif que le mari trouve dans les termes mêmes du contrat de mariage un mandat exprès qui le constitue *quasi procurator mulieris in eam rem*, et qui, par conséquent, rend inutile une nouvelle intervention de la femme (2). Il nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi de considérer comme nécessaire l'acceptation de la femme. Même dans le cas où il serait dit, dans le contrat de mariage, que l'emploi aura lieu sur le premier acquêt fait par le mari après la célébration du mariage, nous croyons que ce serait donner carrière à bien des abus que d'imposer à la femme l'obligation de recevoir à titre de remploi l'acquêt fait par le mari, sans permettre à la femme de vérifier si l'acquisition a été faite ou non à un prix convenable et de voir si elle serait ou non lésée par son acceptation. En définitive, dans le cas supposé, la clause de remploi est stipulée pour la femme et dans son intérêt exclusivement : or, on la fait évidemment tourner contre elle dans la doctrine que nous combattons (3).

518. Quant à l'époque où le remploi doit avoir lieu, elle est réglée quelquefois par la stipulation contenue au contrat de mariage, et dans ce cas il convient autant que possible de se renfermer dans les termes de la convention. Cela convient, disons-nous; cela n'est donc pas *rigoureusement nécessaire*, et on en pressent le motif. Qui donc peut assurer que les époux trouveront dans le délai fixé, une occasion favorable pour opérer l'emploi ou le remploi?..... Aussi ne peut-on qu'approuver la doctrine de la cour de Nîmes qui, dans une espèce où un remploi devait, aux termes du contrat de mariage, être fait dans le délai de trois mois, a décidé que le défaut d'exécution dans le délai déterminé n'emporte pas nullité de la vente, par ces motifs décisifs 1° que l'autorisation de vendre étant toujours réputée subsistante, il dépend de l'époux de ratifier l'aliénation ou d'en passer une nouvelle à l'acquéreur; 2° que le délai pour faire le remploi n'étant pas stipulé sous peine de nullité de l'aliénation, ce remploi peut avoir lieu tant que dure le mariage (4).

(1) V. Paris, 13 juin 1838 (aff. Villeneuve).

(2) *Sic* MM. Toullier, t. XII, n^os 362 et suiv.; Dalloz, *Rép.*, t. X, p. 221, n° 42; Rolland de Villargues, v° *Remploi*, n^os 66 et suiv.; Odier, t. I, n° 315.

(3) V. *Conf.* MM. Zachariæ, t. III, p. 426, et note 50; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 35.

(4) V. Nîmes, 9 août 1842 (aff. Perrin c. Passié). La cour royale de Bourges

Lorsque le contrat de mariage ne détermine pas le délai dans lequel le remploi doit être effectué, il suffit que ce remploi soit réalisé au moment où le mariage prend fin, ou plutôt au moment de la dissolution de la société conjugale par la séparation soit de corps soit de biens, ou autrement. Ici s'applique ce que nous avons dit à l'occasion du remploi facultatif, et la jurisprudence est conforme (1).

519. Il y a lieu de suivre la même marche en ce qui concerne l'espèce de biens ou de droits qui doivent être acquis pour que l'acquisition présente le caractère d'emploi ou de remploi. Ainsi, lorsque cette espèce de biens est déterminée par le contrat de mariage, c'est ce contrat qui fait la loi des parties. Lors donc que le remploi a été stipulé en immeubles, il ne peut être effectué qu'en cette espèce de biens. La cour de Caen a décidé, dans ce sens, que le remploi en immeubles stipulé par contrat de mariage, ne peut être réputé légalement accompli par l'acquisition de rentes *nominatives* sur l'Etat (2). Cette cour a très-justement considéré « que si aux termes d'une ordonnance du 29 avril 1831, art. 9, les rentes sur l'Etat quand elles sont *nominatives* ne peuvent pas être converties en rentes *au porteur* du moment où elles représentent des fonds provenant de constitutions dotales, il ne s'ensuit pas qu'elles prennent alors le caractère d'immeubles : rien ne peut le faire supposer dans l'article précité qui ne s'occupe que d'interdire, en certaines circonstances, la conversion des rentes *nominatives* en rentes *au porteur*. Bien plus, des dispositions législatives particulières ont déterminé les cas d'exception dans lesquels les rentes sur l'Etat peuvent être immobilisées et il n'en est aucune qui y ait compris celles dont il s'agit ici. Enfin la mention qui serait faite sur le grand livre que les rentes inscrites au nom de l'époux ne pourraient être aliénées, n'aurait jamais pour effet de les transformer en immeubles ; en sorte qu'admettre le remploi en rentes sur l'Etat serait une vio-

a virtuellement consacré la doctrine qui résulte de cet arrêt lorsqu'elle a décidé que les sommes provenant du prix de vente d'immeubles propres à la femme, et dont le mari est tenu de faire le remploi, peuvent être placées à titre de prêt jusqu'au moment où il sera loisible d'en faire l'emploi en immeubles. Arrêt du 6 août 1834 (aff. Barbereau).

(1) V. notamment *Req. rej.*, 27 avril 1842 (aff. Chéramy) ; Caen, 27 mai 1840 (aff. Pissot) ; Lyon, 23 novembre 1842 (aff. Alloing).

(2) V. Caen, 8 mai 1838 (Thorel de la Trouplinière c. Corbin). V. *Conf.* M. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 89.

lation des dispositions du contrat de mariage qui veut que ce remploi ait lieu en immeubles. »

Quelquefois, lorsqu'il s'agit d'un emploi en faveur de la femme, on stipule l'emploi de ses deniers propres sur un immeuble du mari que l'on estime en conséquence. De même, en cas de remploi, on peut stipuler que s'il est vendu pendant le mariage un propre immobilier de la femme, le remploi en sera fait jusqu'à due concurrence sur les immeubles du mari; il arrive même quelquefois que l'on désigne l'immeuble et que l'on détermine le taux du remplacement. Dans ces cas encore, c'est le contrat de mariage qui fait la loi. Seulement rien ne s'oppose à ce que cette loi soit modifiée, dans l'application, par le commun accord des parties, pourvu que la condition principale, c'est-à-dire l'emploi ou le remploi en immeubles, en soit accomplie. Ainsi, par exemple, si la femme consentait à accepter en remploi, au lieu des immeubles qui lui avaient été assignés, d'autres immeubles dont le mari aurait fait l'acquisition, on ne voit pas de motif raisonnable pour laisser cet arrangement sans effet. Cela était admis sous l'ancienne jurisprudence ; on tenait seulement que si le mari venait à mourir sans avoir fait l'emploi ou le remploi, l'assignat qui jusque-là n'avait transmis à la femme aucune propriété actuelle, produisait un effet définitif, et, réalisant la condition suspensive sous laquelle la femme était devenue propriétaire, transportait sur sa tête une propriété désormais incommutable. Les principes de la loi nouvelle ne nous paraissent susceptibles de rien modifier à cette appréciation (1).

Que si le contrat de mariage ne fixe pas l'espèce de biens qui doivent servir au remploi, il est naturel de suivre la marche que nous avons indiquée en parlant du remploi facultatif. On doit supposer que les parties ont entendu que le remploi se fît en biens de même nature, et par conséquent en immeubles, si le propre à remplacer est un immeuble.

520. Il nous reste à apprécier maintenant quelle est l'influence, vis-à-vis des tiers, de la clause de remploi insérée dans un contrat de mariage. Il faut, pour résoudre ce point de droit qui se rapporte particulièrement au remploi stipulé en faveur de la femme, rechercher avant tout quel est, par rapport aux biens qui en sont l'objet, l'effet d'une semblable stipulation. Cette stipulation a-t-elle pour résultat d'assimiler les biens propres de la femme mariée sous le régime de la communauté

(1) V. *Conf.* M. Bellot des Minières, t. I, p. 515.

aux biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, en d'autres termes imprime-t-elle à ces biens le caractère de dotalité? Sur ce point, on trouve dans la doctrine et dans la jurisprudence des dissidences qui ne s'y sont produites sans doute que parce que la question a été tout d'abord déplacée de son véritable terrain. Ainsi, M. Merlin part de ce principe qu'aucune disposition de la loi ne défend de cumuler les effets du régime dotal avec ceux du régime de la communauté; il rappelle que l'art. 1497 du Code civil permet aux époux de modifier ce dernier régime comme bon leur semble pourvu que leurs conventions ne soient pas en opposition avec les art. 1387 et suiv.: puis il conclut que, par l'effet de la clause de remploi, les biens propres de la femme deviennent inaliénables comme les biens de la femme mariée sous le régime dotal avec stipulation d'une clause semblable (1). Telle est aussi l'opinion exprimée par M. Toullier (2). La cour de cassation elle-même, réduisant la question à une simple appréciation de clauses, avait d'abord rejeté par une espèce de fin de non recevoir le pourvoi dirigé contre un arrêt consacrant la doctrine de MM. Merlin et Toullier (3).

Mais la cour suprême n'a pas suivi longtemps cette marche. Appelée à se prononcer d'abord sur l'effet d'une clause de remploi stipulée à l'égard des biens paraphernaux d'une femme mariée sous le régime dotal, elle jugea expressément que la stipulation ne rendait pas ces biens dotaux (4); et plus tard, ayant à résoudre la question dans ses rapports avec le régime de la communauté, elle a jugé de même, par trois arrêts successifs rendus à la même date, que la stipulation de remploi n'imprime pas aux propres de la femme commune le caractère de dotalité (5). Il est remarquable que dans ces circonstances diverses, la cour suprême a prononcé la cassation de décisions rendues en sens contraire, et qu'ainsi tout en donnant à ses arrêts le plus haut

(1) V. *Quest. de droit*, v° *Remploi*, § 7.

(2) V. t. XII, n° 372.

(3) V. *Req. rej.*, 22 novembre 1820 (Duboulay-Rivière c. Rivière). Ajoutons que la cour de Lyon s'est prononcée dans le même sens que MM. Toullier et Merlin, par arrêt du 31 mars 1840 (Chopelin c. Cartelier et autres).

(4) *Civ. cass.*, 7 juin 1836 (aff. Déchavannes), *Adde* Lyon, 3 janvier 1838 (Perrant c. Déchavannes).

(5) *Civ. cass.*, 29 décembre 1841 (aff. Tissot c. Chavot; aff. Tronchin; aff. Brémond). *Adde* dans ce sens, Toulouse, 24 mars 1830 (aff. Delglat); Rouen, 22 février 1839 (aff. Deheilly).

degré d'autorité, elle est revenue de cette première idée que la difficulté se résumait en une question d'appréciation. Sous ce rapport, les décisions nouvelles de la cour suprême ne peuvent qu'être approuvées; on ne saurait, en effet, reconnaître aux juges du fait le droit de créer, sous le voile de l'interprétation, le régime dotal dans un contrat de mariage, et de déclarer ce régime par voie d'induction alors que la loi ne le fait résulter que d'une stipulation expresse. Et cette considération même justifie en droit la solution définitive que la question a reçue de la cour suprême. La difficulté, en effet, n'est pas ici de savoir, comme le supposent MM. Merlin et Toullier, si les époux peuvent introduire, par une convention expresse dans le régime de la communauté, l'inaliénabilité des biens personnels de la femme, caractère qui est propre au régime dotal; elle réside uniquement à savoir si la seule stipulation de remploi des propres aliénés suffit par elle-même pour frapper ces propres d'inaliénabilité ou de dotalité. Le doute n'est pas permis sur le premier point : comme la plupart des auteurs, nous avons reconnu que rien n'empêche de cumuler les effets du régime dotal avec ceux de la communauté (1); mais ce serait tirer de cette faculté appartenant aux époux une conclusion qui ne s'accorderait pas avec les prémisses que d'en conclure avec M. Merlin que cet effet de dotalité est produit par la condition de remploi imposée au mari, au cas d'aliénation des biens de la femme. Encore une fois, le régime dotal ne peut résulter que d'une *déclaration expresse* qui est exigée par l'art. 1392; or, la stipulation de remploi faite, dans la supposition d'une aliénation volontairement consentie par les époux, en vue de lier plus étroitement le mari, de l'obliger à un remploi qui ne serait que facultatif sans cela, une telle stipulation, disons-nous, n'a pas ce caractère de déclaration expresse qui est indispensable pour que les biens de la femme soient inaliénables aux termes de l'art. 1554. C'est ce que décident les derniers arrêts de la cour suprême, et ces arrêts qui consacrent le retour aux vrais principes doivent être considérés comme le dernier mot de la jurisprudence sur la question.

521. Cela posé, nous en concluons que la clause de remploi insérée dans le contrat de mariage ne peut avoir vis-à-vis des créanciers de la femme commune, le même effet que sous le régime dotal. Sous ce dernier régime, les biens de la femme ne sont valablement aliénés qu'à la condition d'un remploi, condi-

(1) V. *suprà*, n^os 78 et 79.

tion *sine quâ non* ; mais sous le régime de la communauté, les biens de la femme étant au contraire essentiellement aliénables, la clause de remploi ne peut tout au plus constituer qu'une garantie que la femme s'est ménagée envers son mari, sans que cette garantie soit opposable aux tiers. Ainsi les obligations contractées par la femme, si d'ailleurs ces obligations étaient régulièrement consenties, seraient exécutoires sur ses propres, nonobstant la clause de remploi. Et non-seulement, les tiers pourraient procéder à une exécution forcée, par exemple, à une saisie des biens propres (1), mais encore ils pourraient traiter avec la femme et acquérir à l'amiable, soit la propriété de ces biens, soit une garantie hypothécaire. Cela résulte du principe posé par la cour suprême dans les arrêts cités au nombre précédent, et d'ailleurs cette cour s'en est formellement expliquée en disant : « Que l'obligation de remploi imposée au mari ne dépouille pas la femme commune en biens du droit de vendre ses propres ou de les hypothéquer ; que cette clause ne peut nuire aux tiers, qu'elle confère seulement à la femme, conformément à l'art. 1436 du Code civil, un recours contre son mari dans le cas où le prix de la vente de ses immeubles n'aurait pas été remplacé à son profit ; que suivant l'art. 2092, quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, et qu'il n'y a d'exception à ce principe, pour les biens de la femme mariée, que lorsqu'il résulte des dispositions de son contrat de mariage, combinées avec celles du Code civil, qu'elle a expressément soumis ses propres au régime dotal (2). »

522. Par les mêmes raisons, nous croyons fermement que la clause de remploi stipulée en faveur de la femme mariée sous le régime de la communauté, n'est pas, en principe, obligatoire pour les tiers acquéreurs. Quelques auteurs et plusieurs arrêts ont émis, sur ce point, une doctrine contraire (3). Mais, en cela,

(1) La cour de Bordeaux a reconnu que la clause de remploi ne faisait pas obstacle à la vente forcée que les créanciers pourraient poursuivre contre les biens propres de la femme pour l'exécution des obligations consenties par cette dernière ; mais la même cour a décidé dans l'arrêt que la clause serait toute-puissante contre une vente volontairement consentie par la femme à ses créanciers. V. arrêt du 16 avril 1842 (aff. Roullet).

(2) Cette solution est naturellement contredite par Merlin et par la cour de Lyon dans l'arrêt cité sous le nombre précédent. On peut voir aussi un arrêt d'Agen, du 2 février 1836 (aff. Saint-Médard), dans laquelle cette même doctrine est implicitement condamnée.

(3) V. notamment Lyon, 25 novembre 1842 (aff. Alloing) ; Caen, 21 février

ils ont appliqué au régime de la communauté des principes dont l'influence ne va pas au delà du régime dotal. Sous ce dernier régime, la clause de remploi est obligatoire pour les tiers acquéreurs, sans doute (1); mais le but et la cause de cette stipulation sont, dans le régime de la communauté, essentiellement différents de son but et de sa cause dans le régime dotal. Nous avons expliqué ce but et cette cause; et nos explications nous autorisent à conclure, du reste avec la jurisprudence : d'un côté, que tout à fait dégagés de l'obligation, les tiers acquéreurs ne seraient pas recevables à exiger soit la présence de la femme au payement de leur prix, soit la justification d'un remploi effectué, parce que, nonobstant la clause de remploi, les droits du mari demeurent réglés par l'art. 1428 du Code civil; d'un autre côté, que par une juste réciprocité, la condition de remploi non accomplie n'a pas, comme au cas de dotalité, l'effet de soumettre les tiers acquéreurs au recours de la femme (2).

Tel est le principe; toutefois, les circonstances pourraient en faire modifier l'application. Ainsi, nous croyons que si le contrat de mariage réservait à la femme son recours contre les tiers acquéreurs, ceux-ci ne pourraient pas se soustraire à l'action en délaissement qui serait dirigée contre eux (3), à moins de payer une seconde fois son prix à la femme, si l'hypothèque légale de celle-ci ne suffisait pas pour lui assurer le remboursement du prix de son immeuble et de ses autres reprises (4). Tout ceci prouve, dans tous les cas, combien il est important pour les tiers acquéreurs de ne *traiter jamais sans se faire représenter le contrat* de mariage de leur vendeur.

1845 (aff. Provost). V. aussi MM. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Remploi*, § 7; Toullier, t. XII, n° 372; Odier, t. I, n° 316.

(1) V. à cet égard notre t. II, n° 553.

(2) V. Rouen, 1er mars 1839 (aff. Leprévot); Bordeaux, 30 avril 1840 (aff. Boutry); Bourges, 7 juin 1842 (aff. Marioton).

(3) Cela fut reconnu par les arrêts cités à la note précédente. V. encore dans ce sens *Civ. rej.*, 28 mars 1820 (aff. Bernard).

(4) La cour de Lyon, dans l'arrêt du 25 novembre 1842, déjà cité, n'admet même pas ce tempérament. D'après cet arrêt le tiers acquéreur ne serait pas affranchi même en offrant de payer une seconde fois; il devrait nécessairement délaisser l'immeuble par lui acquis. Il serait difficile de pousser la rigueur plus loin.

§ 2. — Du passif de la communauté.

Sommaire.

523. Le passif de la communauté est correspondant à l'actif. — Art. 1409.
524. Suite.
525. Division.

523. De même qu'elle a un actif, la communauté légale a un passif; et comme dans toute société ces deux masses sont ici corrélatives et correspondantes, elles forment ensemble une balance exacte de profits et de charges, de recettes et de dépenses. On trouve l'expression manifeste de cette pensée dans l'art. 1409, dont les articles suivants du même paragraphe (1410 à 1420) contiennent les développements et fixent les applications. En effet, cet article en posant les bases du passif de la communauté, en fixe la composition d'après cinq éléments divers qui tous sont déterminés évidemment par le principe de réciprocité dont nous venons de parler. Ainsi, aux termes de l'art. 1409, le passif ou la dépense de la communauté se compose : 1° de toutes les dettes mobilières de chacun des époux au moment du mariage, parce que l'actif vient de saisir toutes les propriétés mobilières des époux; 2° de toutes les dettes contractées pendant le mariage, parce que tous les profits du mariage appartiennent au fonds commun; 3° des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives ou personnelles aux deux époux, parce que l'actif profite de leurs rentes et de leurs dettes actives; 4° des réparations usufructuaires des immeubles personnels à chacun des époux, parce que la communauté reçoit et consomme les produits de ces immeubles; 5° enfin des aliments des époux, de l'éducation et de l'entretien des enfants et de toutes autres charges du mariage, parce que la communauté en absorbe tous les avantages et toutes les jouissances (1).

524. La composition du passif suit donc une marche parallèle à la composition de l'actif; et l'on peut dire que toutes les choses qui formeraient l'actif de la communauté, si elles étaient dues à l'un des époux, composent, au contraire, le passif lorsque l'un des époux en est débiteur. Néanmoins, la communauté ne supporte pas toujours, en définitive, toutes les dettes mises à

(1) V. le rapport de M. Duveyrier au tribunat : *Législ. civ.* de M. Locré, t. XIII, p. 346.

sa charge. Ainsi, la communauté disposant de tous les capitaux, il a paru nécessaire de remettre à sa charge même les dettes mobilières personnelles aux époux; mais la communauté ne paye ces dettes que sauf récompense ou sauf recours, à la dissolution de la société conjugale, contre l'époux qui a été libéré; la communauté a seulement à sa charge les dettes qui grèvent directement son actif : nous verrons que la loi établit très-nettement la différence à cet égard. Ajoutons encore que dans l'économie de la loi l'expression *dettes de la communauté*, présente, suivant les circonstances, un sens plus ou moins étendu; telles dettes sont personnelles à l'un des époux qui n'en sont pas moins dettes de communauté; il en est ainsi de celles dont les créanciers peuvent poursuivre le payement soit sur les biens personnels de leur débiteur, soit sur les biens de la communauté; telles autres dettes sont exclusivement dettes de la communauté en ce que les créanciers en doivent réclamer le payement exclusivement sur les biens communs des deux époux : dans le premier cas, l'expression *dettes de la communauté* présente un sens étendu; cette même expression présente un sens restreint dans le second (1). Nous verrons bientôt l'utilité pratique de ces distinctions.

525. Ces préliminaires posés, nous diviserons en quatre classes les dettes de la communauté.

Nous traiterons : dans la première classe, des dettes dont les époux étaient grevés au moment de leur mariage; dans la seconde, des dettes qui grèvent les successions et les donations échues aux époux; dans la troisième, des dettes contractées pendant le mariage; enfin, dans la quatrième, des arrérages et intérêts des rentes ou des dettes personnelles, des réparations usufructuaires et des autres charges du mariage.

ART. 1er. — *Des dettes des époux antérieures au mariage.*

Sommaire.

526. La communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières des époux antérieures à la célébration du mariage;

527. Encore que ces dettes excèdent la valeur du mobilier de l'époux débiteur : c'est à tort que la loi a été critiquée sous ce rapport.

528. Les dettes de la femme ne tombent dans la communauté qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage ou ayant acquis date certaine avant la même époque. — Texte de l'art. 1410.

(1) V. M. Zachariæ, t. III, p. 429, et les notes.

529. Suite.
530. Suite.
531. Il suffit pour que la dette de la femme tombe dans la communauté que la date soit antérieure à la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, lors même qu'elle serait postérieure au contrat civil.
532. Si la dette résulte d'un titre exécutoire contre la femme, le titre est exécutoire aussi contre le mari, sauf l'application de l'art. 877 du Code civil.
533. Lorsque la dette de la femme n'a pas acquis date certaine avant le mariage, la femme n'en est pas moins tenue sur ses biens personnels. Les créanciers peuvent donc poursuivre leur payement sur ces biens.
534. Mais ils doivent s'interdire toute poursuite qui tomberait sur la communauté, spécialement sur les produits ou les revenus des propres.
535. Conséquence du droit de poursuivre le payement de la dette sur la nue-propriété des biens de la femme.
536. Le mari qui prétend avoir payé pour sa femme une dette n'ayant pas date certaine antérieure au mariage ne peut demander récompense ni à la femme ni à ses héritiers. — Sens de cette disposition.
537. La loi ne faisant tomber dans la communauté que les dettes mobilières des deux époux, leurs dettes immobilières en demeurent exclues. — Exemples.
538. Suite.
539. Le caractère mobilier d'une dette est déterminé par l'objet de cette dette.
540. Application de la règle aux rentes;
541. Aux obligations de faire;
542. Aux obligations relatives à un immeuble lorsqu'elles se résolvent en dommages-intérêts.
543. La dette lorsqu'elle est mobilière tombe dans la communauté, encore même qu'elle soit garantie par une hypothèque.
544. De la dette mobilière en partie et en partie immobilière.
545. De la dette alternative.
546. De la dette facultative.
547. Si absolue qu'elle soit, la règle qui fait tomber la dette mobilière dans la communauté doit être entendue avec une réserve en ce qui concerne les époux entre eux; certaines dettes n'entrent dans la communauté que sauf récompense.
548. Application de la règle au cas où l'époux débiteur n'est tenu qu'hypothécairement;
549. Et aux dettes relatives aux propres des époux.
550. Suite.

526. Les dettes mobilières d'une personne sont, en général, une charge de l'universalité de ses meubles. Déjà admis dans le premier état de la jurisprudence française, ce principe a subsisté depuis; à l'exemple de la coutume de Paris, le Code en a fait une application spéciale en attribuant au passif de la communauté toutes les dettes mobilières dont chacun des époux est grevé au jour de la célébration du mariage. Chaque époux ap-

portant l'universalité de ses meubles à la communauté légale, le législateur a conclu que réciproquement la communauté devait être tenue des dettes mobilières qui sont une charge de cette universalité. Ainsi avait disposé l'art. 221 de la coutume de Paris; ainsi a disposé, à son tour, l'art. 1409 dont le paragraphe premier exprime que « la communauté se compose passivement 1° de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage... sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre époux. »

527. D'après cette disposition générale les dettes mobilières des époux au moment du mariage doivent être supportées dans leur intégralité par la communauté, ces dettes excédassent-elles la valeur du mobilier de l'époux débiteur, et même la valeur de ses immeubles. Sous ce rapport, l'économie de la loi a été l'objet d'une vive critique. « Il s'ensuit, dit M. Duranton, que l'un des époux peut se trouver mettre pour cent mille francs et plus de mobilier dans la communauté, sans mettre à sa charge pour un sou de dettes, et l'autre mettre à sa charge pour cent mille francs de dettes, sans y apporter pour un sou de valeur, quoiqu'il ait d'ailleurs beaucoup d'immeubles; de sorte que l'avoir de l'un servira à payer les dettes de l'autre : l'un, qui avait beaucoup, n'aura plus rien personnellement, et l'autre, qui n'avait rien réellement, à raison de ses dettes, aura désormais beaucoup..... Effet singulier d'un contrat, ajoute M. Duranton, dans lequel, *comme dans toute société*, les avantages devraient être égaux, du moins à peu près (1)... » De son côté, M. Odier, dans son Traité récent sur le contrat de mariage, fait à la loi ce même reproche et l'accuse également de s'être écartée des principes sur les sociétés (2). Il nous est impossible de nous associer à cette critique : en fait, elle est exagérée; en droit, elle part d'un point de vue tout à fait inexact.

La communauté légale, nous avons eu déjà l'occasion de le dire, n'a pas été instituée, dans la pensée du législateur, pour ceux dont la position sociale est telle qu'ils pourraient enrichir le fonds commun d'un capital de cent mille francs, plus ou moins, ou même grever ce fonds de cent mille francs de dettes; chacun sait que si des futurs époux possèdent un patrimoine, si mince qu'il soit, des conventions interviennent qui, substituant

(1) V. t. XIV, n° 213.
(2) V. t. I, n° 153. *Adde* M. Mourlon, p. 31.

une communauté conventionnelle à la communauté légale, tiennent compte des situations respectives, et rétablissent, autant que cela se peut faire, un équilibre parfait entre ces situations : telle est la marche ordinaire des choses. C'est pour la classe pauvre que la communauté légale est particulièrement établie ; les rédacteurs de la loi en ont fait eux-mêmes la déclaration expresse ; et alors, on le comprend, c'est, en réalité, ne causer aucun préjudice ni à l'un ni à l'autre époux que de confondre leurs dettes respectives, et de même que l'on met en commun leur mince mobilier, de mêler leur passif qui nécessairement aussi sera d'une très-minime importance. On peut donc le dire : cette inégalité prétendue, dont on excipe pour faire le procès à la loi, est peu concluante ; et l'hypothèse par laquelle M. Duranton a voulu mettre cette inégalité dans tout son jour est véritablement sans portée, par la raison toute simple que sur le terrain de la pratique il serait assurément impossible de rencontrer un cas semblable ou analogue.

D'ailleurs cette inégalité existât-elle réellement au moment du mariage, comme MM. Duranton et Odier le supposent, la critique n'en serait pas mieux fondée. Elle a son point de départ, comme on l'a vu, dans un rapprochement fait entre la société conjugale et les sociétés ordinaires : là est le tort. Le droit commun, dans les sociétés ordinaires, attribue à chacun des associés, lorsque l'acte de société est muet, une part proportionnelle à ses apports dans les bénéfices ou dans les pertes (C. civ., article 1853) ; cela se comprend à merveille : la participation aux bénéfices étant pour chaque associé l'équivalent des choses qu'il met dans la société, les parts dans les bénéfices doivent être entre elles dans le même rapport que les mises sociales ; et il en doit être ainsi, par la même considération, à l'égard des pertes. Mais ce qui convient aux sociétés ordinaires, où la mise sociale est en général certaine dès l'origine de la société, ne convient pas également à l'association formée par la communauté légale ; la raison en est simple : dans le système de la communauté légale, on l'a vu par le paragraphe précédent, les époux forment entre eux une société universelle de leurs biens présents et à venir, en ce sens, que la société doit profiter, en jouissance ou en pleine propriété, non-seulement de ce que les associés possèdent actuellement, mais encore de ce qu'ils pourront acquérir par la suite. Les sociétés entre époux sont donc, par la force même des choses, soumises à des éventualités telles que celui des deux qui, à l'origine, a apporté le moins peut fort

bien, à la fin de la société, avoir apporté le plus. Or ces chances ont dû être prises en très-sérieuse considération par le législateur; et comme ces chances sont égales pour les deux époux, le législateur a pu, il a dû même ne pas prendre les apports réels de chacun d'eux, au moment du mariage, comme une base susceptible de déterminer la proportion où les dettes de chacun, à ce moment, entreraient dans le passif de la communauté. En fait, celui dont le passif est supérieur à l'actif a peut-être une industrie plus productive que celle de son conjoint; peut-être aussi a-t-il des espérances dont la réalisation rétablira l'équilibre. On doit donc approuver la disposition de la loi qui fait tomber dans le passif de la communauté toutes les dettes mobilières des époux antérieures au mariage, alors même que ces dettes dépassent la valeur des biens de celui qui en est grevé.

528. Cette disposition est générale; elle s'applique aux dettes du mari aussi bien qu'à celles de la femme : mais il convient de s'arrêter à une différence notable faite par la loi entre les dettes de la femme et celles du mari, différence qui tient à la position respective des deux époux dans la société conjugale. En principe, le mari seul trouve dans sa qualité d'administrateur le droit d'engager la communauté; lors donc qu'une dette contractée par lui est l'objet de poursuites de la part des créanciers, il n'y a pas d'intérêt à distinguer si cette dette est antérieure au mariage ou si elle a été contractée pendant la durée de la société conjugale : antérieure au mariage, elle tombe dans le passif de la communauté en vertu de l'art. 1409; contractée pendant le mariage, elle y tombe également en vertu du principe qui donne au mari une administration jusqu'à un certain point souveraine : ainsi la communauté peut toujours être poursuivie à l'occasion des dettes mobilières contractées par le mari, sans que les principes et l'économie de la loi en soient jamais altérés. Mais il en pourrait être autrement si les poursuites avaient pour objet le payement de dettes contractées par la femme. Placée dans une position essentiellement dépendante, la femme ne peut jamais, sans le concours ou sans l'autorisation de son mari, engager la communauté, et l'on conçoit que cette règle fondamentale pourrait à chaque instant être violée, si rien ne limitait, à l'égard de la femme, le principe d'après lequel la communauté se compose passivement des dettes mobilières des époux antérieures au mariage; la femme pourrait s'engager, promettre même pendant la durée de la communauté, et se soustrayant à la nécessité de l'autorisation au moyen d'une antidate, faire tomber sur la com-

munauté le poids de ses promesses ou de ses engagements. Ce danger, prévu déjà sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, avait fait attribuer aux juges un certain pouvoir d'appréciation. Ferrière (1) dit, en effet : « Comme il serait facile à une femme d'éluder la loi de l'autorisation, par antidates de billets et promesses faites par la femme, le mari n'en serait pas tenu, s'il apparaissait qu'ils fussent faits pendant le mariage par des circonstances du temps auquel ces promesses auraient paru, et de ceux au profit desquels elles auraient été faites; et s'il n'y avait qu'un simple soupçon, la présomption violente de l'antidate ne s'y rencontrant pas, le mari n'aurait que le recours de l'affirmation de ces créanciers; ce qui dépend des circonstances et de la prudence du juge. » A ce pouvoir d'appréciation qui laissait plus ou moins à l'arbitraire du juge, les rédacteurs du Code civil ont substitué une règle précise. Tel est l'objet de l'art. 1410 dont la disposition est ainsi conçue : « La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte.

» Le créancier de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine avant le mariage, ne peut en poursuivre contre elle le payement que sur la nue-propriété de ses immeubles personnels.

» Le mari qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette de cette nature, n'en peut demander la récompense ni à sa femme ni à ses héritiers. »

Reprenons successivement les dispositions diverses de cet article.

529. L'art. 1410 pose d'abord en principe que les dettes mobilières de la femme ne tombent dans la communauté qu'autant que leur existence antérieurement au mariage est légalement établie, c'est-à-dire autant que ce fait résulte d'un acte authentique antérieur au mariage ou ayant reçu avant la même époque une date certaine. Le législateur assigne, en ceci, à la communauté, par rapport aux dettes contractées par la femme, le rôle d'un tiers, et elle fait une application virtuelle de ce principe certain en matière d'obligation que les actes sous signature

(1) V. *Cout. de Paris*, art. 221, glos. uniq., § 1, n° 6. *Adde* Pothier, *De la communauté*, n° 289.

privée ne font foi de leur date contre les tiers qu'autant que cette date est devenue certaine (art. 1328). Cependant, cette première disposition de l'art. 1410 ne doit pas être prise à la lettre : en effet, envisagée dans sa rédaction, elle présente un sens à la fois trop étendu et trop restreint.

Ainsi, d'une part, la loi parle des *dettes mobilières*, et dans sa généralité cette expression semblerait s'étendre non-seulement aux dettes procédant d'une convention, mais encore à celles dont le principe serait dans la loi, dans un quasi-contrat, dans un délit ou dans un quasi-délit, de telle façon qu'à l'égard de toute dette contractée par la femme, quelle qu'en fût la cause, le créancier serait privé de la faculté de prouver son droit vis-à-vis de la communauté à défaut d'une preuve écrite. Ce serait une erreur de le penser. Il est évident que l'on doit suivre ici les principes généraux relatifs à la preuve des obligations. D'après cela, on doit reconnaître que lorsque la dette de la femme est née dans une circonstance telle qu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite, par exemple, lorsque la dette a pris sa source dans un délit ou dans un quasi-délit, dans la loi ou dans un quasi-contrat, le créancier doit être admis à prouver son droit même contre la communauté par application de l'art. 1348. Ainsi encore, même à l'égard des dettes qui procèdent d'une convention, nous pensons que si elles n'excèdent pas la somme de 150 fr. ou que si excédant cette somme, elles sont appuyées d'un commencement de preuve par écrit, le créancier doit être admis à exciper, soit de l'art. 1341, soit de l'art. 1347 du Code civil, et par conséquent à prouver, à l'aide de ce même moyen de la preuve testimoniale, non-seulement la convention elle-même, mais encore son existence antérieure au mariage.

D'une autre part, lorsque la dette contractée par la femme est constatée par un acte sous seing privé, la communauté n'en est tenue, d'après l'art. 1410, qu'autant que l'acte a reçu, avant le mariage, une date certaine, *soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte :* d'où il semblerait résulter que la date ne devient certaine que par l'une ou l'autre des deux circonstances mentionnées. Mais, sous ce rapport, la disposition de l'art. 1410 est incomplète. Cet article, au fond, contient une application de l'art. 1328 ; il convient donc d'en compléter la rédaction par celle de ce dernier article : d'après cela, il n'est pas douteux que l'acte consenti par la femme serait considéré comme ayant acquis date certaine et partant, comme

liant la communauté, non-seulement dans les deux circonstances prévues par l'art. 1410, mais encore dans la troisième dont parle l'art. 1328, celle où la substance de cet acte aurait été constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire, pourvu, dans tous les cas, que le fait, quel qu'il fût, donnant certitude à la date, se plaçât à une époque antérieure au mariage.

530. Mais il ne nous paraît pas possible d'aller au delà. Sous l'empire des anciens principes on pensait que le créancier devait, suivant les circonstances, être autorisé à établir par des présomptions que la date était antérieure au mariage; et malgré la généralité des expressions de l'art. 1410, quelques auteurs ont pensé que cette jurisprudence pourrait encore être suivie (1). Nous ne le pensons pas. Sans prendre ici parti sur la question de savoir si l'art. 1328 est limitatif en ce qui concerne les divers *moyens indiqués* par cet article pour donner date certaine à un acte sous seing privé, nous pouvons, du moins, rappeler que malgré quelques dissidences, cette question est aujourd'hui résolue affirmativement en doctrine et en jurisprudence (2). Cette jurisprudence nous semble décisive ici; et en présence de la disposition qui exige un acte authentique ou une date certaine antérieure au mariage, admettre que les juges peuvent faire résulter des *circonstances* l'existence de la dette de la femme antérieurement au mariage, ce serait rétablir ce pouvoir discrétionnaire que l'ancienne jurisprudence avait toléré, et rentrer dans cette voie des abus que l'art. 1410 a eu précisément pour objet de fermer à jamais (3).

531. Du reste, il suffit pour que la dette de la femme tombe dans la communauté, que la date certaine soit antérieure à la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. Si donc, dans l'hypothèse où un contrat de mariage aurait été rédigé, la femme avait consenti des dettes dans l'intervalle de ce contrat à la célébration du mariage, la communauté serait tenue de ces dettes. Lebrun a émis toutefois une doctrine contraire (4), et

(1) V. M. Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 167, note 1.

(2) V. *Civ. cass.*, 27 mai 1823 (aff. Bruel); Douai, 11 août 1837 (aff. Bouge); Agen, 4 décembre 1841 (aff. Galtié); *Civ. rej.*, 23 novembre 1841 (aff. Dulugat). V. aussi MM. Toullier, t. VIII, nos 242 et 243; Duranton, t. XIII, n° 131; Bonnier, *Tr. des preuves*, n° 573; Marcadé sur l'art. 1328, n° 4.

(3) V. *Conf.* MM. Toullier, t. XII, n° 202; Glandaz, v° *Communauté conjugale*, n° 144; Gilbert, *Code annot.*, art. 1410, n° 1.

(4) V. *De la communauté*, liv. II, ch. III, sect. III, n° 2.

sur l'autorité de ce jurisconsulte, MM. Delvincourt et Battur ont enseigné : l'un, que la femme doit récompense à la communauté pour les dettes dont s'agit; l'autre, que de pareilles dettes ne peuvent pas même être poursuivies contre le mari ou à son préjudice. Mais les art. 1399, 1409 et 1410 combinés résistent de la manière la plus énergique à cette solution. Le premier de ces articles place le point de départ de la société conjugale *à la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil;* l'art. 1409 ensuite déclare expressément et sans aucune distinction que la communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés *au jour de la célébration de leur mariage;* enfin, l'art. 1410, sans distinguer davantage, met les dettes de la femme à la charge de la communauté sous cette seule condition que ces dettes résultent d'un acte *antérieur au mariage.* Rien n'est assurément plus décisif que la réunion de ces textes : aussi les auteurs ont-ils invariablement repoussé la doctrine de MM. Delvincourt et Battur (1). Nous adoptons aussi cet avis, justifié encore par ce motif que la communauté, profitant de tout ce que la femme acquerrait à titre onéreux dans l'intervalle du contrat à la célébration, doit, par une juste réciprocité, supporter les dettes contractées sans fraude par la femme dans le même intervalle. *Sans fraude*, disons-nous; partant, nous ferons, avec la plupart des auteurs, une réserve pour le cas où les dettes ainsi contractées ne seraient au fond que des libéralités déguisées. Il serait difficile, en effet, de valider des actes qui apporteraient une modification aux conventions matrimoniales.

532. Lorsque les créanciers de la femme, antérieurs au mariage ont contre elle *un titre exécutoire*, le titre par le fait du mariage devient exécutoire contre la communauté et partant contre le mari. Sous l'ancienne jurisprudence, cependant, les créanciers ne pouvaient procéder par voie d'exécution contre le mari, sans avoir obtenu, au préalable, une sentence qui condamnât le mari au payement, ou, ce qui revient au même, qui déclarât le titre exécutoire contre lui (2). Aujourd'hui cette sentence n'est pas nécessaire. Toutefois, ce n'est pas à dire que les créanciers puissent agir immédiatement par voie d'exécution contre le mari : le titre est exécutoire de plein droit, sans doute,

(1) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 219; Glandaz, *loc. cit.*, n° 144; Bellot, t. I, p. 223 et suiv.; Dalloz, t. X, p. 199, n° 10; Zachariæ, t. III, p. 433, note 18; Taulier, t. V, p. 170-171; Odier, t. I, n° 158.

(2) V. Pothier, *De la communauté*, n° 242.

mais encore faut-il que le mari soit préalablement averti. C'est pourquoi il conviendrait d'appliquer ici, par analogie, l'art. 877 du Code civil, aux termes duquel « les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement, et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier (1). »

533. Supposons maintenant que les créanciers de la femme soient porteurs de titres n'ayant pas acquis date certaine antérieurement au mariage, ils n'ont pas d'action contre la communauté : la communauté ne leur doit rien. S'ensuit-il que la femme débitrice soit également dégagée? En aucune manière. L'art. 1410 autorise expressément, par sa deuxième disposition, le créancier de la femme en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine avant le mariage, à poursuivre contre elle le payement sur la nue-propriété de ses immeubles personnels. En ceci le législateur suit la pensée qui a inspiré la disposition première de ce même article : il fait encore une application spéciale des principes généraux en matière d'obligations. C'est parce qu'en thèse générale les actes sous seing privé ne font pas foi de leur date vis-à-vis *des tiers*, que la communauté qui est un tiers, ne doit pas être tenue d'une dette qui, bien que constatée par un acte antérieur par sa date au mariage, n'a pas cependant acquis date certaine avant cette époque. Mais, en thèse générale aussi, les actes sous seing privé non opposables aux tiers, peuvent très-bien être opposés aux parties qui les ont signés lorsque celles-ci ne contestent pas leur signature (art. 1322). C'est pour cela que le créancier muni d'un titre qui n'a pas, antérieurement au mariage, acquis date certaine, peut poursuivre son payement, sinon sur les biens de la communauté, du moins sur la nue-propriété des biens personnels de la femme : celle-ci est partie ; et à son égard l'antériorité de la créance est suffisamment établie, en vertu des principes généraux (2).

(1) *Conf.* MM. Delvincourt, t. III, p. 26, aux notes, note 1 (édit. de 1824) ; Toullier, t. XII, n° 201 ; Duranton, t. XIV, n° 230 ; Glandaz, *loc. cit.*, n° 143.

(2) Du reste il faut pour que la disposition de la loi soit applicable et pour que l'action des créanciers ne puisse pas aller au delà des biens personnels de la femme, qu'il s'agisse d'une dette personnelle à cette dernière. La cour de Trèves a très-bien jugé, dans ce sens, que l'art. 1410 ne permet pas au mari d'une veuve remariée de quereller les dettes de la communauté du premier mariage de sa femme, sous prétexte d'incertitude dans la date de ces dettes.

534. Mais les créanciers, dans ce cas, doivent s'interdire toute poursuite qui tomberait sur la communauté. Ainsi ils peuvent agir seulement sur les biens personnels de la femme, c'est-à-dire sur les meubles exclus de la communauté et sur la nue-propriété de ses immeubles propres. Quant aux fruits et aux revenus, ils appartiennent de droit à la communauté et se trouvent ainsi soustraits à l'action des créanciers. La cour de cassation a jugé même que lorsque, dans le contrat de mariage, la femme commune en biens s'est réservé le droit de toucher, sur ses seules quittances, une certaine somme pour son entretien personnel, ses créanciers ne peuvent, sous le prétexte qu'ils exercent les droits de leur débitrice, saisir-arrêter cette somme, si les titres dont ils sont porteurs n'ont pas date certaine antérieure au mariage (1). La cour a très-justement considéré que si la somme réservée était détournée de l'objet de sa destination, l'entretien de la femme qui, d'après la loi, est une charge de la communauté, retomberait nécessairement à la charge de cette communauté; et que si l'art. 1166 du Code civil autorise les créanciers à exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont attachés à la personne,.... toujours est-il que les créanciers de la femme dont les titres n'ont pas une date fixe et certaine avant le mariage, ne peuvent exercer contre elle aucune action dont l'effet retomberait sur la communauté et augmenterait les charges du mari.

535. Du reste, cette théorie de la loi produit une conséquence remarquable. Il en résulte que la femme peut, en fait, engager la nue-propriété de ses biens personnels et en disposer même pendant son mariage et sans l'autorisation de son mari. Il suffit pour elle d'aliéner ou de disposer par acte sous seing privé en antidatant cet acte. L'obligation ou l'aliénation procède alors d'une personne incapable; mais elle n'en vaut pas moins, puisque, par l'effet de la date que la femme y a apposée, cette obligation ou cette aliénation est réputée vis-à-vis d'elle antérieure au mariage, c'est-à-dire antérieure à une époque où elle n'était pas frappée de l'incapacité que le mariage fait peser sur elle (2). C'est là une conséquence inévitable. Mais la loi ne don-

Arrêt du 31 mars 1809 (aff. Schmits). V. encore pour une autre application de la règle *Req. rej.*, 24 juin 1828 (aff. Trumeau).

(1) *Civ. cass.*, 9 août 1820 (aff. de Polard).

(2) Nous supposons que la femme était majeure au moment où elle s'est mariée; carsi elle eût été mineure, l'acte serait sans effet, la femme ayant été incapable à toute époque.

nerait à la femme qu'une protection illusoire, si elle ne lui permettait pas d'attaquer, dans tous les cas, l'acte portant une date antérieure au mariage. Il est donc juste qu'elle puisse attaquer cet acte, et qu'à son défaut le mari le puisse également, ne fût-ce que pour faire réprimer l'atteinte que la convention a portée à la puissance maritale.

Cependant, comme la fraude ne se présume point, ce sera à la femme à prouver l'antidate. Elle ne saurait, pour faire tomber à la charge des tiers la preuve que la date de leur titre est véritable, exciper de la présomption de fraude qui fait décider, d'après le dernier état de la jurisprudence (1), que les engagements d'un individu frappé d'incapacité ne font pas foi de leur date; car cette présomption de fraude ne protége pas la femme mariée dont l'incapacité n'est qu'accidentelle, comme elle protége les autres incapables, tels qu'un prodigue ou un interdit.

536. Enfin, aux termes de la troisième disposition de l'article 1410, le mari qui prétend avoir payé pour sa femme une dette n'ayant pas date certaine antérieure au mariage ne peut demander récompense ni à la femme ni à ses héritiers. Mais il faut s'entendre sur cette disposition. Si elle était prise à la lettre, il y aurait une injustice flagrante à ce que le mari qui a payé une dette de la nature dont il s'agit ne pût pas en obtenir la récompense dans le cas où elle serait due. La femme s'enrichirait alors aux dépens du mari ou de la communauté, contrairement au principe posé dans l'art. 1437 du Code civil. Aussi les auteurs expliquent-ils la dernière disposition de l'art. 1410 en ce sens que le mari, en payant la dette, est censé reconnaître que cette dette a été contractée avant le mariage; en sorte que le mari en peut demander la récompense dans tous les cas où la dette ne serait susceptible de tomber dans la communauté que sauf récompense, suivant les principes ci-après expliqués (2).

Ainsi fixés sur l'art. 1410, relatif aux dettes de la femme, revenons à la disposition générale de l'art. 1409 qui fait tomber dans la communauté les dettes des époux antérieures au mariage.

537. D'après cette disposition comme d'après le principe dont elle est la confirmation, les dettes immobilières dont chacun des conjoints est débiteur au moment du mariage restent à sa charge

(1) V. *Civ. cass.*, 4 février 1835 (aff. Devesvres). V. *Conf.* M. Glandaz, *loc. cit.*, n° 144.

(2) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 230; Taulier, t. V, p. 72.

et ne passent pas dans le passif de la communauté. Le principe était déjà reconnu avant la promulgation du Code civil. « C'est le droit commun et général des coutumes où il y a communauté, *dit* Renusson (1), que les dettes passives immobilières dues par les conjoints auparavant leur mariage n'entrent point en la communauté, chacun des conjoints en demeure tenu sur ses propres; et si aucune des dettes immobilières est acquittée pendant le mariage des deniers de la communauté, celui qui était débiteur de la rente, ou qui était possesseur de l'héritage sujet à la rente, doit récompenser et indemniser l'autre conjoint ou son héritier de la moitié des deniers qui ont été payés pour le rachat de la rente, par la raison que ce sont dettes particulières de l'un ou de l'autre des conjoints dont la communauté n'est pas tenue; ayant été acquittée des deniers communs, la récompense en est due. » L'art. 1409 confirme virtuellement ces principes: car il parle limitativement des *dettes mobilières* pour les attribuer au passif de la communauté; par cela même il en exclut les *dettes immobilières*.

Seulement, la règle ne comporte pas aujourd'hui une application aussi étendue que sous l'ancienne jurisprudence. Autrefois, sous l'influence des principes qui d'une part attribuaient aux rentes, en général du moins, le caractère immobilier tant activement que passivement, qui d'une autre part considéraient la vente non pas comme translative par elle-même, mais comme produisant seulement l'obligation de transférer la chose vendue, et par conséquent une obligation essentiellement immobilière si la chose vendue était un immeuble, le nombre était assez grand des dettes dont le caractère était immobilier. Cette espèce de dettes est infiniment plus rare aujourd'hui que les rentes sont mobilières et que la vente transmet par elle-même la propriété du corps certain qui est vendu. Néanmoins, le principe est encore susceptible de recevoir son application. Il s'appliquerait, par exemple, au cas où l'un des conjoints aurait contracté antérieurement à son mariage l'obligation de constituer une servitude, ou de conférer une hypothèque sur un immeuble dont il est propriétaire; à celui où l'un des conjoints serait tenu de garantir un acquéreur d'immeuble si l'éviction n'a

(1) V. *De la communauté*, part. Ire, ch. x, n° 16 : *adde* dans le même sens, Ferrière, *Comp. sur les cout. de Paris*, art. 221, glos. uniq., § 1, n° 2; Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. III, sect. III, n° 13; Pothier, *ibid.*, n° 243.

pas encore eu lieu; à celui où l'un des conjoints serait obligé de restituer un immeuble acheté d'un vendeur qui aurait éprouvé une lésion de plus des sept douzièmes : ces obligations diverses présentent un caractère essentiellement immobilier; elles restent, par conséquent, à la charge personnelle de l'époux qui en est grevé, par une application toute naturelle du principe qui attribue limitativement les dettes mobilières au passif de la communauté.

Il en est ainsi de l'obligation qui aurait été contractée par l'un des conjoints ou qui lui aurait été imposée antérieurement à son mariage de donner un immeuble déterminé qu'il possède. « Par exemple, dit très-bien Pothier, si peu avant mon mariage j'avais vendu un certain héritage, dont je n'avais pas encore mis l'acheteur en possession lors de mon mariage, je demeure seul tenu de la dette de cet héritage envers l'acheteur; ce n'est pas une dette de ma communauté, dans laquelle l'héritage n'est point entré. » Cela est incontestable aujourd'hui surtout que la vente, suivant la remarque déjà faite, est translative par elle-même. Cependant, quoique translative par elle-même, la vente peut avoir été consentie par l'un des époux avant son mariage, avec obligation de livrer l'immeuble plus tard, obligation non encore remplie après la célébration du mariage. Dans ce cas, la solution de Pothier est encore incontestable: l'obligation étant immobilière en elle-même, la communauté n'en doit pas être tenue; et même si l'époux vendeur venait à être condamné à des dommages-intérêts pour retard dans la livraison, la communauté ne serait pas tenue davantage de ces dommages, qui étant un accessoire de l'obligation principale, doivent suivre la nature de cette dernière obligation (1).

538. Ces solutions, d'ailleurs, ne doivent pas, d'après Pothier, être limitées au seul cas où l'obligation a pour objet la délivrance d'un immeuble déterminé; elles s'appliquent également dans l'hypothèse où l'obligation de délivrer porte sur un immeuble indéterminé. « Par exemple, dit-il, si mon père dont je suis héritier, qui n'avait point de vignes, a légué à quelqu'un en ces termes : *Je lègue à un tel un arpent de vignes dans les bons cantons de la province;* ce legs, dont j'étais encore débiteur lorsque je

(1) V. *Conf.* M. Delvincourt, t. III, p. 23, aux notes, *in fine* (édit. de 1824). Il convient néanmoins d'ajouter avec cet auteur que la communauté sera tenue des dommages à proportion du bénéfice qu'elle aurait retiré de la situation, par exemple si, jusqu'à la délivrance de l'immeuble vendu, elle en a perçu les fruits.

me suis marié, est la dette d'un immeuble indéterminé dont la communauté légale avec ma femme ne doit pas être chargée. C'est pourquoi, si durant mon mariage j'achète un arpent de vignes pour le délivrer au légataire, et acquitter le legs, je devrai récompense à la communauté de la somme que j'en ai tirée pour l'acquisition de cet arpent, comme ayant servi à acquitter une dette dont j'étais seul tenu (1). » C'est aussi notre avis. Toutefois, M. Duranton (2) considère, dans ce cas, l'obligation de l'époux comme purement mobilière, en l'asssimilant à l'obligation de délivrer un immeuble déterminé que l'on ne possède pas, obligation qui, on le verra bientôt, se convertissant en celle de payer des dommages-intérêts, rentre par cela même dans le passif de la communauté. Mais l'assimilation manque d'exactitude. Il y a impossibilité matérielle à exécuter une obligation dont l'objet est la délivrance d'une chose que l'on ne possède pas, en sorte qu'une telle obligation doit nécessairement se transformer en celle de dommages-intérêts. Au contraire, rien ne s'oppose à ce que l'époux débiteur accomplisse matériellement l'obligation à lui imposée de délivrer un immeuble indéterminé : on ne saurait donc l'assimiler à la première, sans quoi il dépendrait de l'époux débiteur de se décharger en grevant la communauté (3).

539. Ainsi, à l'égard des dettes dont les époux sont grevés au moment du mariage, la communauté se compose seulement de celles qui sont mobilières. Une dette est mobilière lorsque la chose due est une chose mobilière : par exemple, la dette d'une somme d'argent, d'une certaine quantité de blé, d'un cheval, etc., est une dette mobilière. Il importe peu d'ailleurs que la dette se trouve transformée, c'est-à-dire qu'elle ait eu d'abord son principe dans une transaction sur un immeuble ou sur un droit immobilier. Ici, comme à l'égard de l'actif, c'est l'objet de la dette et nullement la cause qui doit être pris en considération : toute dette dont l'objet est mobilier, *quæ tendit ad quid mobile*, grève la communauté, en ce sens que la communauté peut être poursuivie par le créancier (4), de même que

(1) *De la communauté*, n° 243.

(2) V. t. XIV, n° 225.

(3) V. *Conf.* MM. Delvincourt, aux notes, t. III, p. 23, note 3, édit de 1824 ; Toullier, t. XII, n° 212 ; Battur, *De la communauté*, t. I, n. 168 ; Dalloz aîné, t. X, p. 200, n° 11 ; Zachariæ, t. III, p. 431, et note 12.

(4) Nous verrons plus bas, n. 547 et suiv., qu'une autre règle doit être suivie en ce qui concerne les relations des époux entre eux.

toute créance active ayant des meubles ou des valeurs mobilières pour objet augmente le fonds commun lorsqu'elle existe entre les mains de l'un des époux au moment du mariage.

D'après cela, toute créance existante contre l'un des époux au moment du mariage, est à la charge de la communauté si cette créance a pour objet des meubles proprement dits, ou une somme d'argent.

540. Les rentes et autres droits incorporels meubles par la détermination de la loi dont les époux peuvent être débiteurs à la même époque, font également partie du passif sans aucune distinction. La variété de la législation ancienne avait fait naître quelque difficulté, à l'occasion des rentes constituées, sur le point de savoir si c'était la loi du domicile du créancier à qui la rente était due, ou celle du conjoint débiteur, qui devait être prise en considération à l'effet de décider si la rente devait ou non faire partie du passif. Dans l'état actuel de la législation, qui a rangé, d'une manière uniforme, les rentes parmi les biens meubles, la difficulté ne peut plus se produire. Bornons-nous donc à rappeler sur la question proposée, dans la supposition où cette question pourrait encore s'élever à l'occasion de quelque mariage antérieur au Code civil, qu'il était assez généralement reçu, *en doctrine et en jurisprudence*, que la loi du domicile du créancier de la rente au moment où le débiteur se mariait devait être prise en considération pour décider si cette rente entrait ou non, comme dette, dans la communauté de ce débiteur (1).

541. L'obligation même de faire ou de ne pas faire, sauf le cas où elle se résout directement et principalement en une chose immobilière comme celles dont nous parlions tout à l'heure de délivrer un immeuble, de constituer une hypothèque ou une servitude, etc., l'obligation même de faire ou de ne pas faire doit être rangée dans la classe des dettes mobilières et tomber à la charge de la communauté.

Telles sont les obligations que la loi ou le contrat impose à un bailleur, à un locataire, à un fermier.

Telle est même l'obligation contractée par l'un des conjoints de construire une maison. Et, remarquons-le, nous ne distinguons pas, sous ce dernier rapport, entre le cas où l'obligation est convertie par l'inexécution, au moment du mariage, en une action en dommages-intérêts contre l'époux, et celui où cette

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n^os^ 85 et 246; Lebrun, *ibid.*, liv. I, ch. v, dist. 4, n° 35.

obligation subsiste encore à la même époque dans ses conditions primitives. Dans ce dernier cas, le droit qui résulte de l'obligation est bien un droit immobilier, c'est du moins ce que nous avons cherché à établir contre l'avis de Pothier en traitant de l'actif de la communauté (1). Mais rien n'empêche qu'une obligation immobilière en tant que créance, soit mobilière en tant que dette : or, telle est la situation dans le cas particulier. Quels sont, en effet, les droits du créancier contre l'époux qui s'était engagé, avant le mariage, à lui construire une maison? Ils consistent à exiger la maison promise. Dans cette position, que peut faire l'époux débiteur? refuser l'exécution du contrat ou l'exécuter. Or, quelque parti qu'il prenne, il n'aura jamais à fournir que des valeurs mobilières : une somme d'argent à titre de dommages-intérêts, dans le premier cas; dans le second, des matériaux et la main-d'œuvre. La dette est donc essentiellement mobilière dans tous les cas ; à ce titre elle doit être mise à la charge de la communauté (2).

542. Telles sont enfin les obligations relatives à un immeuble lorsqu'elles se résolvent en dommages-intérêts : par exemple, l'obligation de délivrer un immeuble que l'on ne possède pas ; l'obligation de constituer une hypothèque ou une servitude sur un immeuble dont on n'est pas propriétaire ; l'obligation de garantir un acquéreur d'immeuble d'une éviction accomplie au moment du mariage ; l'obligation imposée par un testateur à l'époux institué héritier avant son mariage de donner une somme d'argent à un tiers pour l'achat d'un immeuble déterminé ou d'une nature déterminée, etc...

543. Du reste, la dette dès qu'elle est mobilière, tombe dans la communauté encore qu'elle soit garantie par une affectation hypothécaire (3). L'hypothèque, en effet, n'est qu'un accessoire de la dette et n'en change pas la nature. D'où il suit que si l'immeuble affecté à la garantie de la dette vient à être vendu, et le prix employé à l'acquittement de cette dette, la communauté doit récompense du prix de cet immeuble qui, étant entre les mains de l'époux antérieurement au mariage, était, par cela même, un propre de communauté.

544. De même, si la dette était à la fois mobilière et immo-

(1) V. *suprà*, n° 336.

(2) V. en ce sens MM. Toullier, t. XII, n° 208, et Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 183, note 2. V. cependant M. Taulier, t. V, p. 68.

(3) V. *Conf.* Douai, 6 janvier 1846 (aff. Daverdoingt).

bilière, il n'y aurait aucun motif de faire prévaloir cette dernière qualité sur l'autre : il y aurait lieu de scinder la dette et de la mettre à la charge de la communauté pour la partie mobilière. Ainsi supposons, avec Pothier (1), que l'un des futurs époux soit débiteur en se mariant, d'un héritage envers une personne à laquelle il s'était obligé de le donner en même temps qu'il était débiteur de sommes d'argent par rapport au même héritage, par exemple, pour les fruits par lui perçus, pour les dégradations survenues par sa faute : dans ce cas, on décidera que la dette de l'héritage n'entrera pas dans la communauté, et, au contraire, que les dettes à raison des fruits perçus ou des dégradations commises ayant pour objet des valeurs mobilières y entreront par cela même.

545. Mais en est-il ainsi d'une dette alternative, par exemple, de celle qui a pour objet deux choses, l'une mobilière, l'autre immobilière, au choix du débiteur ou du créancier? Non : dans ce cas, c'est le payement qui détermine la qualité de la dette : mobilière si la valeur mobilière est donnée en payement, la dette est immobilière, au contraire, si c'est l'immeuble qui est donné; par suite la dette est une charge de la communauté dans le premier cas, et dans le second une charge personnelle à l'époux débiteur. Point de difficulté si l'option a été faite par le créancier lui-même. Si, au contraire, le choix a appartenu à l'époux débiteur et a été exercé par lui, il y a plus de doute. En partant du principe qu'il est dû récompense à la communauté toutes les fois que l'un des époux en diminue l'actif pour s'enrichir, et à l'époux toutes les fois que l'actif s'enrichit à son préjudice, on peut dire que récompense est due à l'époux s'il s'est libéré en donnant l'immeuble, et à la communauté si l'époux débiteur a payé en donnant la chose mobilière. Cependant, raisonner ainsi, ce serait supposer que la dette est purement mobilière ou purement immobilière, suivant que la récompense serait à la charge de la communauté ou de l'époux. Or, la dette est à la fois mobilière et immobilière. Nous pensons donc que même dans le cas où l'option est faite par l'époux, c'est le payement qui en détermine la nature : et nous disons avec M. Delvincourt (2) que la dette est entrée dans la communauté avec sa qualité d'alternative; que c'est une chance qui lui est inhérente,

(1) V. *De la communauté*, n° 244.
(2) V. t. III, p. 24, aux notes, édit. de 1824.

et qui doit venir à charge ou à décharge de la communauté, suivant l'événement.

546. Autre chose est-il du cas où la dette, au lieu d'être alternative, est purement facultative. La nature de la dette est alors déterminée par l'objet principalement dû, et non par l'objet que le débiteur, usant de la faculté qui lui est laissée, a donné à la place. Ainsi, l'un des époux est-il institué héritier avec charge de donner à un tiers une maison, si mieux il n'aime lui payer une somme d'argent : c'est la maison qui est due, c'est-à-dire un immeuble ; en sorte que si l'époux paye la somme d'argent, il doit récompense à la communauté. Réciproquement, l'époux débiteur est-il chargé de payer une somme d'argent avec faculté de se libérer en donnant une maison : c'est la somme qui est due, c'est-à-dire une valeur mobilière, en sorte que si l'époux débiteur délivre la maison, la communauté doit récompense (1).

547. Si absolue qu'elle soit, la règle qui fait entrer dans la communauté les dettes mobilières dont les époux sont grevés au moment du mariage, doit être entendue avec une certaine réserve. Le principe, en cette matière, comme on l'a vu, est de considérer la dette dans son objet et de la faire peser sur la communauté, dès que cet objet est reconnu mobilier. Toutefois, ce principe n'est rigoureusement vrai qu'à l'égard de la communauté dans ses rapports avec les créanciers de l'un ou de l'autre des époux ; il en résulte que la communauté peut être directement poursuivie pour toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés à l'époque de leur mariage. Mais de ce qu'une dette est mobilière dans son objet, et de ce que, par ce motif, la communauté poursuivie a payé à la décharge de l'époux débiteur, s'ensuit-il que même vis-à-vis de cet époux la communauté restera définitivement grevée de cette dette? Non : s'il en était autrement il arriverait dans bien des cas, contrairement au principe posé dans l'art. 1437 du Code civil, que l'un des époux s'enrichirait aux dépens de la communauté. Il faut donc admettre, en principe, que lorsqu'elle paye sur la poursuite d'un créancier de l'un des époux, la communauté paye, suivant les circonstances, tantôt pour elle en se libérant d'une dette que la société conjugale met sans retour à sa charge, tantôt pour l'époux débiteur auquel elle fait une avance, une

(1) Au surplus, sur ce point et les précédents, v. n^os^ 331, 332, 333, ce que nous avons dit en parlant des *créances : mutatis mutandis*, ce sont les mêmes principes qui sont appliqués en ce qui concerne les *dettes*.

sorte de prêt dont l'époux libéré doit l'indemniser au moyen d'une récompense. Mais comment distinguer si la communauté doit payer la dette avec ou sans récompense? Ce ne peut plus être en la considérant dans son objet, puisque, en ce qui concerne les dettes des époux antérieures au mariage, la communauté, d'après les règles ci-dessus exposées, ne peut jamais être poursuivie qu'à l'occasion de dettes mobilières. C'est donc à la cause de la dette qu'il faut se référer : telle est la règle ; en voici les applications.

548. Une dette contractée par l'un des époux antérieurement au mariage, bien qu'elle soit mobilière dans son objet, ne passe pas à la communauté pour demeurer définitivement à sa charge si l'époux débiteur n'en est tenu qu'hypothécairement. C'était déjà le droit des coutumes. En général, comme Pothier le fait remarquer (1), la coutume, en chargeant la communauté légale des dettes passives des conjoints, ne la chargeait que des dettes mobilières dont ils étaient débiteurs personnels, et non de celles dont ils n'étaient tenus qu'hypothécairement, à cause de quelqu'un de leur héritage qui y était hypothécairement affecté ; c'est pourquoi, si, pour libérer l'héritage, ces dettes étaient acquittées durant le mariage des deniers de la communauté, le conjoint dont l'héritage avait été libéré, devait récompense à la communauté qui n'était pas tenue de cette dette. Ces principes ont été virtuellement confirmés par le Code civil. L'art. 1409, en attribuant à la communauté les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage, suppose, de l'avis de tous les auteurs, des dettes procédant d'un engagement direct ou personnel.

Ainsi, le conjoint qui a cautionné la dette d'un tiers, a contracté une obligation personnelle qui, alors même qu'elle est garantie par une hypothèque, doit être supportée par la communauté. De même l'époux qui, antérieurement à son mariage, a contracté solidairement avec d'autres une dette mobilière, est débiteur personnel pour le tout ; en sorte que la société conjugale venant à s'établir ensuite, le fonds commun est chargé du total de la dette, sauf le recours qui appartenait au conjoint lui-même contre ses co-débiteurs.

Mais si l'époux n'est tenu d'une dette qu'hypothécairement, la thèse change. Ainsi, l'un des époux, sans s'obliger personnellement, a consenti à donner une hypothèque sur l'un de ses im-

(1) *De la communauté*, n° 238.

meubles pour la dette d'un tiers, réalisant ainsi le cas prévu par les art. 2077 et 2090 du Code civil : dans ce cas, s'il arrive que la communauté paye de ses deniers la dette de ce tiers pour éviter à l'époux l'expropriation de son immeuble, la communauté ne doit pas être grevée de cette dette qui n'était pas personnelle à l'époux : celui-ci doit donc récompense. Ainsi encore, l'un des époux avait acquis, avant son mariage, un immeuble grevé d'hypothèque par le vendeur ou par les précédents propriétaires ; s'il arrive que, n'ayant pas accompli les formalités de la purge hypothécaire, l'époux ait à payer la dette et les frais pour éviter de faire le délaissement, la communauté n'est pas tenue de ce payement. Donc, si la communauté le fait de ses deniers, il lui en est dû récompense. Dans ces cas divers, c'était l'immeuble qui était tenu, non la personne, *res debet, non persona :* et puisque des deniers ont été pris dans la communauté pour affranchir cet immeuble, il est juste que la communauté en reçoive récompense ; c'est une application du principe posé dans l'art. 1437.

Par identité de raison, si l'époux, lorsqu'il s'est marié, n'était personnellement débiteur d'une dette mobilière que pour certaine portion, bien qu'il en fût tenu hypothécairement pour le tout, la communauté ne prend à sa charge que la portion jusqu'à concurrence de laquelle l'époux était personnellement engagé. Tel est le cas où, détenteur, par l'effet d'un partage de succession, d'immeubles hypothéqués par le défunt, l'un des conjoints, héritier pour partie seulement, a payé en totalité la dette hypothécaire : la communauté n'est point tenue pour l'excédant de la part héréditaire ; donc si la dette a été payée de ses deniers, il lui est dû récompense jusqu'à concurrence de cet excédant (1).

549. Dans le même ordre d'idées, nous rencontrons une autre application plus directe encore et plus nettement autorisée par le Code civil de la règle d'après laquelle c'est la cause de la dette qui doit être prise en considération pour savoir si la communauté doit payer avec ou sans récompense : nous voulons parler des dettes relatives aux propres des époux, spécialement du prix encore dû d'un immeuble acquis par l'un des époux avant le mariage, de la soulte due pour retour de partage d'immeubles échus par succession, etc..... Sous ce rapport, il n'existait pas de disposition spéciale dans la plupart des coutumes,

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 237.

notamment dans celle de Paris qui, on le sait, formait le droit commun. D'après cela, si l'on avait suivi les principes d'une manière rigoureuse, on aurait dû décider que des dettes semblables étant mobilières, puisqu'elles avaient pour objet une somme d'argent, elles devaient entrer dans la communauté; partant, que si elles étaient acquittées pendant la durée de la société conjugale, il n'en était pas dû récompense. En effet, l'art. 221 de la coutume de Paris disait indistinctement que la communauté était tenue des dettes mobilières, et l'art. 244 ne donnait récompense que pour les rentes dues par l'un des conjoints avant le mariage et acquittées pendant la communauté. Néanmoins, l'usage était entièrement contraire. « Il est certain, dit Ferrière (1), que dans la rigueur, *et summo jure*, c'est une dette commune; mais considérant la cause de la dette, et l'équité ne permettant que l'un des conjoints qui a fait l'acquisition, en fasse payer la moitié du prix à l'autre, et même la totalité si c'est la femme, et qu'elle renonce, il n'est pas juste qu'elle tombe dans la communauté. — D'ailleurs, comme il n'y a rien de plus contraire à la société que la fraude, et que par ce moyen le mari pourrait profiter des biens de la communauté au préjudice de la femme ou de ses héritiers, en faisant des acquisitions avant le mariage, dont il ne payerait pas le prix, l'équité veut qu'en ce cas on s'écarte de la règle qui serait pour lors *summum jus et summa injuria*. » Cette doctrine était admise par tous les auteurs (2); quelques coutumes contenaient même en ce sens une disposition expresse (3); et la jurisprudence l'avait érigée en règle générale (4). Le Code civil a sanctionné cet usage par le

(1) *Compilation de tous les comm. de la cout. de Paris*, sur l'art. 221, glos. uniq., § 1, nos 10 et 11.

(2) V. d'Argentrée, *Cout. de Bretagne*, art. 418, glos. 3, n. 2; Chopin, *De priv. rust.*, lib. III, cap. XL, n. 1; Lebrun, *De la comm. loc. cit.*, nos 26 et 27; Renusson, *ibid.*, part. I, ch. X, n. 20 et suiv.; Pothier, *ibid.*, n° 239. On sait que Lebrun se fondait précisément sur ce que dans le cas particulier il fallait considérer la cause de la *dette* et non son objet, pour en conclure que la *créance* d'une somme due à l'un des conjoints lors de son mariage pour le retour d'un partage d'immeubles fait, avant son mariage, avec son co-héritier, ne devait pas être attribuée à l'actif de la communauté. Nous avons déjà combattu cette doctrine, et prouvé par le texte que le Code civil a établi, sous ce rapport, une différence essentielle entre la composition du passif et la composition de l'actif. V. *suprà*, n° 330.

(3) V. *Cout. de Bretagne*, art. 242; *Cout. du Maine*, art. 302; *Cout. d'Anjou*, art. 286.

(4) V. les arrêts cités par Chopin, *loc. cit.*, et par Louet, lettre A, n. 3.

n° 1 de l'art. 1409, lorsqu'après avoir mis à la charge de la communauté, sans distinction, toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment de la célébration du mariage, il a ajouté comme restriction : « sauf récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. »

D'après cela, on doit considérer comme relatives aux immeubles propres des époux, et à ce titre comme ne tombant dans la communauté que sauf récompense, les dettes ayant pour objet la conservation, l'amélioration ou l'affranchissement de ces immeubles; la dette du prix même de ces immeubles; les soultes ou retours de lot en immeubles, etc.

Toutefois, ces diverses dettes ne donnent lieu à une récompense, lorsqu'elles sont acquittées par la communauté, que tout autant que les immeubles appartiennent encore aux époux au moment de leur mariage. S'ils ont été vendus, on ne peut plus dire que les dettes soient relatives à des propres; dès lors n'ayant plus le caractère qui aurait pu en faire exonérer la communauté, elles tombent à sa charge sans récompense comme toutes les autres dettes mobilières.

D'ailleurs, aucune compensation ne peut s'établir entre les dettes relatives aux propres de l'un des époux et les créances mobilières de cet époux. Ainsi, si l'un des conjoints a vendu avant son mariage un immeuble dont le prix lui est resté dû, et s'il en a acheté un autre dont, au moment de la célébration du mariage, il devait encore le prix, les sommes provenant de la vente que ce conjoint avait faite tombent dans la communauté et en augmentent l'actif, tandis que les sommes dues sur le prix de l'immeuble que le conjoint avait acheté ne sont à la charge de la communauté que sauf récompense. Sous ce rapport, la loi a été assez généralement taxée d'injustice et accusée d'avoir manqué aux règles de la logique et de la raison (1). Ce reproche ne nous semble pas fondé. « En effet, dirons-nous avec M. Taulier (2), on comprend très-bien que l'actif profite de toute créance mobilière, quels que soient dans le passé son origine et sa cause; mais l'on ne concevrait pas que la communauté eût à payer, en totalité ou en partie, le prix d'un immeuble qui reste propre à l'un des époux, c'est-à-dire qui est précisément exclu de la masse commune. »

(1) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 218; Zachariæ, t. III, p. 433, note 20; Odier, t. I, n° 163.

(2) V. t. V, p. 70.

Pothier (1) enseigne, contre la doctrine de quelques auteurs anciens, que l'époux pour le compte duquel la communauté a payé de ses deniers le prix d'un immeuble propre qu'il avait acquis avant le mariage, ne peut se décharger de la récompense qu'il doit à la communauté en lui abandonnant l'immeuble. C'est aussi notre avis : l'immeuble peut diminuer de valeur, et il ne doit pas dépendre de l'époux de faire supporter cette dépréciation à la communauté (2). Mais on peut se demander si même dans le cas où l'immeuble aurait augmenté de valeur, l'époux pourrait en faire l'abandon à la communauté pour l'indemniser des sommes payées par elle à la décharge de l'époux débiteur. Nous ne le pensons pas non plus. L'une des considérations invoquées par Pothier à l'appui de sa solution dans l'hypothèse inverse, est que la dette, par rapport à sa cause, n'étant point entrée dans la communauté lorsque la communauté a commencé, il ne peut plus être permis au conjoint de l'y faire entrer par la suite. Cette considération s'applique aussi dans l'hypothèse où nous sommes actuellement placés. On peut d'ailleurs ajouter que la valeur des biens est fort sujette à des variations : tel immeuble qui a acquis une plus value peut accidentellement tomber à une valeur inférieure même au prix d'acquisition. Ainsi, au lieu d'avoir une chose certaine, invariable, comme elle y a droit, la communauté acquerrait un objet soumis à des risques. C'est une conséquence que le législateur qui s'est attaché à régler avec soin la composition active et passive de la communauté, n'a pas dû vouloir.

Du reste, dans l'exception qu'il formule, l'art. 1409 parle seulement des dettes relatives aux *immeubles* propres à l'un ou à l'autre époux. Ce n'est pas à dire que le principe ne s'applique pas aux dettes contractées à l'occasion de meubles exclus de la communauté par une clause spéciale du contrat de mariage ou par la volonté du donateur ou du testateur. La loi n'en parle pas, il est vrai ; mais c'est que dans le système de la communauté légale les biens propres sont, en général, des immeubles. Cette classe de biens a donc dû appeler plus particulièrement l'attention du législateur, ce qui n'empêche pas d'étendre la disposition à des cas où la raison de décider est évidemment la même.

550. Par identité de raison, la dette même mobilière de choses qui ne tombent pas dans la communauté n'entre pas

(1) V. *De la communauté*, n° 239.

(2) *Conf.* M. Glandaz, *Encycl.* v° *Comm. conj.*, n° 140.

dans le passif. Pothier cite, en exemple, la dette qui résulte de la vente, faite par l'un des époux avant son mariage, d'arbres qui étaient encore adhérents à son héritage lorsqu'il s'est marié. Cette dette, dit Pothier (1), est une dette mobilière de ce conjoint; car il ne doit donner les arbres qu'il a vendus, qu'après qu'ils auront été abattus et qu'ils seront en conséquence devenus choses meubles. Néanmoins, comme ces arbres, quoique meubles, étant provenus durant le mariage d'un propre de communauté, n'entrent point en communauté et appartiennent au conjoint seul à qui est le propre, la dette de ces arbres est la dette de ce conjoint seul et non de la communauté.

Par des considérations analogues, nous considérons comme fort contestable la doctrine de M. Duranton, d'après lequel la dot mobilière constituée par une femme remariée à son enfant du premier lit et encore due lors de la célébration du mariage, serait, même sans récompense, à la charge de la communauté formée par ce second mariage (2). Sur ce point la cour de Bastia s'est prononcée en sens contraire par des motifs qui nous semblent à l'abri de toute critique (3). S'il est vrai, a dit cette cour, que les dettes mobilières dont les époux sont grevés au jour de la célébration du mariage sont à la charge de la communauté, on ne saurait appliquer cette règle au cas dont il s'agit, qui a été formellement exempté par l'article 1469, lequel ne s'occupe que du payement d'une dot, sans distinction entre celles promises avant ou après l'établissement de la communauté, à l'égard desquelles il y a même raison de décider; car le législateur n'a eu évidemment en vue que le profit personnel que fait l'époux en payant la dot de ses enfants. D'ailleurs l'art. 1409 ne saurait être entendu autrement que des dettes proprement dites, qui s'éteignent par le payement sans laisser aucunes suites; mais la dot n'étant qu'un avancement d'hoirie, elle doit figurer dans le partage de la succession de l'époux qui l'a constituée, et il serait injuste que les enfants du premier lit profitassent de la somme prélevée des biens de la communauté au préjudice de l'autre époux qui avait droit à la moitié de ladite somme. Si dans ce cas il ne devait pas y avoir récompense en sa faveur, il y aurait violation, à la fois, et de la règle de droit et d'équité d'après laquelle personne ne peut s'enrichir

(1) *De la communauté*, n° 240.
(2) V. t. XIV, n° 287.
(3) V. Bastia, 31 janvier 1844 (Renucci c. Paoletti).

aux dépens d'autrui, et de la disposition de l'art. 1437, C. civ., d'après lequel la récompense est due toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, puisque lorsque les biens ont servi à doter un des enfants de l'époux, cet époux s'est acquitté par là d'une obligation naturelle (1). Enfin ce qui doit faire disparaître tout doute à ce sujet, c'est que dans tous les cas il faudrait dire que les sommes de la communauté employées au payement d'une dot rentrent de droit à la communauté au moment où elles sont rapportées à la succession de l'époux qui avait constitué la dot, parce qu'alors les choses sont en quelque manière remises en l'état où elles étaient avant le payement de la dot, et comme si ce payement n'avait pas eu lieu (2).

ART. 2. — *Dettes des successions et des donations.*

Sommaire.

551. Les dettes des successions qui échoient à l'un des époux sont l'objet de dispositions particulières.
552. Ces dispositions ont particulièrement en vue les successions échues pendant le mariage; partant elles ne régissent pas les successions déjà recueillies par l'un ou par l'autre des époux avant leur union. — Application. — Controverse.
553. Elles ne font pas obstacle à ce que la succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire par l'époux héritier, ni à ce que les créanciers de la succession provoquent la séparation des patrimoines.
554. Enfin elles s'appliquent aux donations comme aux successions. — Article 1418.
555. En quoi consistent ces dispositions. — Aperçu général et division.

551. Le passif de la communauté comprend, en second lieu, toujours d'après le n° 1 de l'art. 1409, *les dettes dont se trouvent chargées les successions qui échoient aux époux durant le mariage.* Toutefois, à cet égard, l'art. 1409 se borne à poser le principe: encore même ce principe, on le verra bientôt, est-il posé là d'une manière inexacte et incomplète. Tout ce qui concerne les dettes des successions et des donations a été l'objet de disposi-

(1) V. d'ailleurs sur les constitutions de dot et la nature des obligations qui en résultent, *suprà*, n°s 88 et suiv.

(2) Cette solution a été développée avec une grande autorité de raison par M. Armand Dalloz, dans son Recueil périodique, 1844, part. II, p. 17, à la note.

tions spéciales contenues dans les art. 1411 à 1418, dont nous allons présenter ici le commentaire. Mais avant de pénétrer dans le détail de cette matière délicate, il faut s'arrêter à quelques données générales et préliminaires.

552. D'abord, la loi mentionne seulement, dans l'art. 1409, les successions échues *pendant le mariage* à l'un ou à l'autre époux, et les art. 1411 et suiv. s'occupent aussi exclusivement de ces mêmes successions. Ces dispositions ne sont donc pas applicables aux successions que l'un ou l'autre des époux aurait déjà recueillies à l'époque du mariage. Relativement à ces successions, les biens qui en sont provenus rentrent dans la catégorie des biens présents au moment du mariage; partant ils entrent ou n'entrent pas dans l'actif de la communauté suivant qu'ils sont de nature mobilière ou immobilière. Par cela même, les dettes afférentes à ces biens font ou non partie du passif de la communauté, suivant que ces dettes sont mobilières ou immobilières; ces dettes, en un mot, sont régies par les principes exposés à l'article précédent.

La cour de Douai a fait l'application de cette règle en décidant, malgré l'art. 1412, aux termes duquel « les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un des époux *pendant le mariage* ne sont point à la charge de la communauté.... » que les dettes mobilières des successions même immobilières échues aux époux *avant le mariage* tombent passivement dans la communauté, encore bien que les époux se soient réservé expressément comme propres tous leurs immeubles (1).

Cependant, M. Duranton (2), considérant dans ce cas particulier les dettes comme relatives à des propres immobiliers, enseigne que si les immeubles dépendants de la succession sont encore entre les mains de l'époux héritier au moment du mariage, il y a lieu d'appliquer la disposition finale de l'art. 1409 qui ne fait entrer les dettes, quoique mobilières, dans le passif de la communauté que sauf récompense, lorsque ces dettes sont relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre époux (3). Mais c'est étendre, selon nous, au delà de ses limites naturelles, la réserve faite par l'art. 1409, n° 1, que de l'appliquer aux dettes dont il s'agit ici, et en même temps c'est méconnaître les effets ordinaires du titre et de la qualité d'héritier. Lorsque le

(1) V. Douai, 6 janvier 1846 (aff. Daverdoingt c. Ve Parent).
(2) V. t. XIV, n° 234.
(3) V. l'explication de cette réserve *suprà*, n. 549 et suiv.

législateur, après avoir attribué au passif de la communauté les dettes mobilières des époux au jour de la célébration du mariage, a réservé récompense pour les dettes relatives aux immeubles propres, il a eu particulièrement en vue, comme nous l'avons expliqué, le prix d'un immeuble acheté et non encore payé par l'un des époux, la soulte dont l'un des époux serait débiteur par suite d'un partage d'immeubles dépendants d'une succession, ces dettes, en un mot, que quelques anciennes coutumes qualifiaient de *viscérales* ou *concomitantes* parce qu'elles faisaient corps en quelque sorte avec les biens mêmes qui leur avaient donné naissance, et en faveur desquelles la doctrine et la jurisprudence avaient introduit, même dans les pays dont la coutume était muette, l'exception au principe qui faisait tomber dans la communauté, sans récompense, les dettes mobilières des époux antérieures au mariage. Mais ce caractère peut-il être attribué aux dettes des successions même immobilières échues aux époux avant le mariage? Evidemment non: ces dettes, quelle qu'en soit la nature, sont devenues personnelles à l'époux héritier, car l'adition d'hérédité a pour effet de substituer d'une manière abstraite et absolue l'héritier aux droits et aux obligations du défunt dont la personne se trouve continuée par son représentant. D'après cela, nous considérons la doctrine consacrée par la cour de Douai comme étant seule en harmonie avec le principe de la loi; et nous répétons que, faites en vue des successions échues pendant le mariage, les dispositions des art. 1411 et suivants sont inapplicables à celles qui étaient ouvertes déjà au profit de l'un ou de l'autre époux au moment où le mariage a été contracté.

533. Du reste, ces dispositions, quelque spéciales qu'elles soient, ne détruisent en aucune manière ni les principes généraux sur la faculté qu'ont les héritiers de choisir entre une acceptation pure et simple ou une acceptation bénéficiaire, ni les droits des créanciers de la succession. Ainsi, les conjoints communs en biens peuvent n'accepter que sous bénéfice d'inventaire les successions qui s'ouvrent à leur profit pendant le mariage; s'ils adoptent ce parti, ils jouissent de tous les avantages attachés à ce mode d'acceptation, c'est-à-dire qu'ils sont tenus des dettes seulement jusqu'à concurrence de ce qu'ils recueillent dans la succession. D'un autre côté, les créanciers de la succession n'en ont pas moins leur droit d'agir directement sur les biens de cette succession, et en conséquence, s'ils veulent éviter que les créanciers de la communauté n'y viennent

en concours avec eux, de provoquer la séparation des patrimoines (1).

554. Remarquons enfin que si l'art. 1409, n° 1, en posant le principe, parle limitativement des successions, et que si les art. 1411 et suiv. jusques et y compris l'art. 1417 ne s'occupent aussi que des successions, ce n'est pas à dire que les dispositions de ces articles ne soient pas applicables à d'autres modes d'acquérir à titre gratuit. Sous ce rapport, l'art. 1418 supplée au silence des articles précédents en disposant d'une manière générale que « les règles établies par les art. 1411 et suiv. régissent les dettes dépendantes d'une donation, comme celles résultant d'une succession. » Le mot donation comprend ici dans sa généralité, les legs à titre universel et les institutions contractuelles.

555. Ces préliminaires posés, nous indiquerons par aperçu général toute l'économie de la loi pour rendre plus facile l'intelligence des observations qui vont suivre.

La loi, pour régler le sort des dettes dépendantes des successions échues à l'un ou à l'autre des époux ou des donations à eux faites pendant le mariage, prévoit les trois hypothèses qui peuvent se présenter.

Elle suppose 1° des successions ou des donations purement mobilières; 2° des successions ou des donations purement immobilières; 3° enfin des successions ou des donations en partie mobilières et en partie immobilières. Puis, le législateur fait, dans ces trois hypothèses, l'application d'un principe commun, principe qui consiste à mettre en corrélation parfaite l'émolument de l'actif et l'émolument du passif en grevant toujours la communauté en raison de ce qu'elle gagne.

Cette distinction entre les successions ou les donations, mobilières, immobilières et mixtes, est fondamentale dans la matière; mais ce n'est pas la seule qui soit à faire. Elle sert de règle, entre les époux, pour déterminer ce qui, dans les successions ou les donations, reste en définitive à la charge de la communauté et forme réellement son actif; mais elle ne règle pas à elle seule le droit de poursuite des créanciers, elle ne suffit pas pour

(1) V. *Conf.* M. Zachariæ, t. III, p. 463. — La cour de Caen a même décidé virtuellement qu'en thèse générale les créanciers d'une communauté jouissent comme ceux d'une succession du bénéfice de la séparation des patrimoines. V. Caen, 13 novembre 1844 (aff. Marie). Mais c'est un point controversé. Nous l'examinerons en traitant du partage de la communauté.

déterminer ce que la communauté peut être tenue de payer sur ces poursuites, sinon d'une manière définitive, du moins sauf récompense de la part de l'époux que la communauté a libéré. Sous ce dernier rapport, la distinction proposée doit encore être faite sans doute ; mais elle doit concourir avec d'autres : il faut se demander en outre si la succession est échue au mari ou à la femme ; et lorsqu'elle est échue à la femme, si celle-ci l'a acceptée avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice ; et enfin dans toute les hypothèses, si le mari a fait ou non un inventaire des meubles compris dans la succession. L'action des créanciers est subordonnée, dans son étendue, à l'appréciation de ces circonstances diverses.

Telle est l'économie générale de la loi touchant les dettes des successions ou des donations qui échoient ou qui sont faites à l'un ou à l'autre des époux pendant le mariage. On voit, d'après cela, que le point important, en cette matière, consiste à considérer distinctement le passif dans les rapports de la communauté avec les époux, et dans les rapports de la communauté avec les créanciers. C'est la marche que nous allons suivre.

N° 1er. — *Quelles sont les dettes de succession ou de donation dont la communauté est grevée par rapport aux époux entre eux.*

Sommaire.

556. La loi, en ce qui concerne les dettes des successions ouvertes en faveur de l'un ou de l'autre des époux pendant le mariage, pose un principe tout différent de celui qui régit les dettes des époux antérieures au mariage. Exposé de ce principe; motifs de la loi.

557. Lorsque la succession ou la donation est purement mobilière les dettes sont pour le tout à la charge de la communauté ; art. 1411.

558. A moins qu'il s'agisse d'une donation mobilière faite sous la condition que les choses données n'entreront pas en communauté.

559. Lorsque la succession ou la donation est purement immobilière, les dettes restent à la charge de l'époux héritier ou donataire ; la communauté supporte seulement les intérêts de ces dettes. Art. 1412, n° 1.

560. Lorsque la succession est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes ne sont à la charge de la communauté que dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à la valeur des immeubles : l'époux héritier supporte seul le surplus. — Art. 1414, n° 1.

561. *Quid* dans le cas où l'un des époux est lui-même créancier du défunt auquel il succède?

562. Et dans l'hypothèse inverse où cet époux est débiteur?

563. Résumé.

564. La portion contributoire de la communauté dans une succession à la fois

mobilière et immobilière est réglée par un inventaire auquel le mari doit faire procéder dans tous les cas. — Art. 1414, n° 2.

565. Suite.

566. A défaut d'inventaire, la femme peut établir la consistance du mobilier par titres, par témoins et même par commune renommée.—Art. 1415.

567. La preuve par commune renommée doit être faite dans la forme prescrite pour les enquêtes.

568. En principe, le mari n'est pas recevable, à défaut d'inventaire, à établir la consistance du mobilier.

569. Limites de cette règle.

570. Peut-elle être opposée aux héritiers du mari?

571. Si la succession échue pendant le mariage est purement mobilière, la formalité de l'inventaire peut aussi, suivant les circonstances, avoir de l'intérêt pour le mari.

556. La loi attribue au passif de la communauté, dans une certaine mesure que nous déterminerons bientôt, les dettes des successions ouvertes en faveur de l'un ou de l'autre des époux pendant le mariage. Une difficulté a dû se présenter tout d'abord: y avait-il lieu de suivre, à cet égard, la règle d'après laquelle les dettes mobilières des époux antérieures au mariage avaient été attribuées à ce même passif? Fallait-il, comme pour ce dernier élément du passif, établir une corrélation, non pas entre les apports réels et les charges, mais entre telle nature de dettes et telle nature de biens? Il a dû suffire de comparer entre elles deux situations essentiellement différentes pour arriver à ce résultat que la règle d'attribution adoptée pour l'une aurait manqué d'équité appliquée à l'autre. Le système de la loi, on l'a vu à l'article précédent, est de mettre à la charge de la communauté les *dettes mobilières* des époux antérieures au mariage, comme une conséquence du principe qui fait tomber dans l'actif *tous les biens mobiliers* de chacun d'eux. Ce système agit de telle sorte que les dettes mobilières excédassent-elles l'actif n'en sont pas moins à la charge de la communauté. Pourquoi? Nous l'avons dit encore, parce que l'actif de chaque époux peut grossir pendant la durée de la société conjugale; parce qu'il y a des chances toujours ouvertes, des éventualités susceptibles de rétablir l'égalité, si tant est que l'apport réel de l'un ou de l'autre époux au moment du mariage se soit trouvé tout d'abord absorbé et au delà par ses dettes mobilières (1).

Mais les successions ouvertes pendant le mariage en faveur de l'un ou de l'autre conjoint, les donations dont ils peuvent être

(1) V. *suprà*, n. 527.

l'objet l'un ou l'autre, ne présentent pas généralement ce caractère aléatoire : là, pas de chances, pas d'éventualités; ce qu'une donation ou une succession est susceptible de procurer d'avantages à la société conjugale est fixé dès l'origine ou peut l'être facilement. C'était un motif suffisant pour faire un retour aux principes généraux en matière de société, principes dont l'équité même avait fait un devoir au législateur de s'écarter à l'occasion des dettes antérieures au mariage et d'appliquer ces principes là où la situation même des choses permettait de mettre les charges en rapport avec les bénéfices. Ainsi a fait le législateur : laissant de côté cette corrélation qu'il avait établie pour les charges antérieures au mariage, entre telle nature de dettes et telle nature de biens, il a mis en rapport, relativement aux dettes des successions échues pendant le mariage, le passif avec le bénéfice même que ces successions procurent au fonds commun ; en sorte que la communauté est chargée de toutes les dettes quelles qu'elles soient si elle gagne l'entière succession échue à l'un des époux ; qu'elle n'en est point grevée du tout si les biens compris dans la succession restent propres à l'époux héritier ; enfin qu'elle supporte seulement une part proportionnelle si elle n'acquiert qu'une portion des valeurs comprises dans la succession.

En rapprochant de ce système celui qui a été suivi relativement aux dettes des époux antérieures au mariage, quelques jurisconsultes relèvent un manque d'unité dans les vues du législateur. A notre avis, les observations précédentes font voir que ce reproche est sans aucun fondement : tout le système de la loi procède d'une distinction que ses critiques ont eu le tort de ne pas apercevoir ; évidemment, si le législateur a formulé des principes divers, c'est uniquement parce que les situations en vue desquelles il a successivement disposé sont diverses aussi.

Suivons maintenant l'application de ces principes relativement aux dettes des successions, dans les trois hypothèses qui peuvent se présenter, c'est-à-dire 1° dans le cas d'une succession purement mobilière ; 2° dans le cas d'une succession purement immobilière ; 3° dans le cas d'une succession mobilière et immobilière à la fois.

557. En principe, les successions mobilières échues pendant le mariage à l'un ou à l'autre des époux, tombent dans la communauté en tout ce qui concerne les valeurs actives qui en dépendent. Par cela même, et en vertu de la règle de réciprocité dont nous parlions tout à l'heure, les dettes de ces successions doivent être pour le tout à la charge de la communauté. Il n'y

a pas même de différence à faire entre les dettes mobilières et les dettes immobilières ; les unes et les autres doivent être supportées par la communauté, puisque c'est la communauté qui prend dans son actif les successions entières. L'art. 1409, n° 1 du Code civil semble, il est vrai, ne mettre à la charge de la communauté que les *dettes mobilières* dont se trouvent grevées les successions échues à l'un ou à l'autre époux pendant le mariage ; mais cet article, dont la première disposition se réfère plus particulièrement aux dettes des époux antérieures au mariage, se trouve rectifié, sous le rapport des dettes des successions, par l'art. 1411, dont la disposition toute spéciale à ces dernières dettes est ainsi conçue : « Les dettes des successions purement mobilières qui sont échues aux époux pendant le mariage, *sont pour le tout* à la charge de la communauté. » Ainsi la loi ne distingue pas : mobilières ou immobilières, les dettes d'une succession dont l'actif tout entier profite à la communauté, sont pour le tout aussi à la charge de cette communauté ; le principe est le même, en effet, pour l'une et pour l'autre espèce de dettes : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. C'était le droit commun sous l'empire des coutumes (1).

558. Il y a toutefois exception à cette règle pour le cas où, s'agissant d'une donation purement mobilière faite à l'un des époux pendant le mariage, le donateur, usant de la faculté qui lui est accordée par la loi, aurait expressément déclaré donner sous la condition que l'objet de la libéralité n'entrerait pas dans la communauté. Dans ce cas, les choses restant propres au donataire, les dettes attachées à la donation lui sont aussi personnelles : la communauté ne reçoit rien ; réciproquement elle n'a rien à payer.

559. Au lieu d'être mobilière, la succession ouverte pendant le mariage peut être purement immobilière. Les successions ou les donations de cette espèce sont assez rares. Néanmoins il s'en présente des exemples : tels sont les legs de tous les immeubles dans le cas d'une succession testamentaire, et dans le cas de succession *ab intestat*, le retour légal exercé dans les conditions prévues par l'art. 747 par un ascendant donateur d'immeubles, et le cas où l'héritier légitime ne recueille que des immeubles, le défunt ayant disposé de tous ses meubles en faveur d'un légataire institué. Les valeurs dépendantes d'une telle succession

(1) V. Ferrières, *Cout. de Paris*, art. 221, glos. uniq, § 3, n° 16 ; Duplessis, tit. *De la communauté*, liv. I, ch. v, sect. III ; Pothier, *Tr. de la communauté*, n° 260.

restent propres à l'époux héritier; réciproquement, les dettes mobilières qui grèvent la succession sont des charges personnelles pour l'époux héritier. En sorte que si la communauté acquitte ces dettes, l'époux héritier en doit récompense. Cela résulte de la première partie de l'art. 1412 aux termes duquel : « Les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage ne sont point à la charge de la communauté... » Toutefois, remarquons-le bien, il n'en est ainsi que relativement au capital des dettes. Si la communauté n'est pas tenue de ce capital, c'est parce qu'aux termes de l'art. 1404, n° 1, elle n'a pas droit à la propriété des biens de la succession. Mais elle en acquiert la jouissance, et par cela même elle doit être tenue, relativement aux dettes, des intérêts et des arrérages à courir depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la dissolution de la société conjugale.

560. Lorsque la succession échue pendant le mariage à l'un ou à l'autre époux est en partie mobilière et en partie immobilière, il y a dans la réalité deux successions distinctes : l'une, celle des meubles, qui profite exclusivement à la communauté, quoique par l'intermédiaire de l'époux héritier; l'autre, celle des immeubles, dont le bénéfice reste propre à l'époux héritier. Dans cet état de choses, quelques anciens jurisconsultes avaient pensé que la communauté devait être chargée de toutes les dettes mobilières de la succession, et que le conjoint à qui elle était échue devait supporter seul toutes les dettes immobilières, sauf récompense soit de la part de la communauté, soit de la part du conjoint héritier, si le passif dont ils étaient respectivement grevés dépassait l'actif auquel ils avaient respectivement droit (1). C'était aussi le droit consacré par quelques coutumes; du moins quelques-unes, appliquant à la communauté les principes relatifs au payement des dettes dans les successions, disposaient que la portion de dettes dont elles chargeaient le mobilier était à la charge de la communauté et que la portion dont elle grevait les immeubles était personnelle au conjoint héritier; de telle façon que lorsque le mobilier était chargé de toutes les dettes mobilières par la coutume qui déférait la succession, la totalité des dettes mobilières était à la charge de la communauté. Mais cette pratique n'était pas généralement suivie. A Paris et même dans le plus grand nombre des pays de coutume, les dettes se payaient

(1) V. Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. III, sect. II, dist. 1 et 2; Renusson, *ibid.*, part. Ire, ch. XII, nos 10 et suiv.; 34 et suiv.

par contribution sur les meubles et sur les immeubles. Par suite, lorsque la succession échue à l'un des époux pendant le mariage était à la fois mobilière et immobilière, la répartition de la totalité des dettes se faisait sur les meubles et sur les immeubles : la portion contributoire du mobilier était à la charge de la communauté, et la portion contributoire des valeurs immobilières restait à la charge du conjoint héritier. Ainsi, supposons que les meubles de la succession en fissent le tiers, et les immeubles les deux autres tiers, la communauté était tenue du tiers de toutes les dettes mobilières ou immobilières, et le conjoint héritier avait seul à sa charge les deux autres tiers ; sauf toutefois les intérêts et arrérages de ces dettes, lesquels étaient pour le tout à la charge de la communauté pendant toute sa durée, parce que pendant tout ce temps les revenus des immeubles comme ceux de tous les autres biens du conjoint appartenaient à la communauté (1).

Ce dernier système, qui établissait une corrélation parfaite entre l'émolument actif et l'émolument passif, ne pouvait manquer d'être accueilli par le législateur moderne, dont la pensée fondamentale en cette matière, on l'a vu, a été d'établir, dans toutes les hypothèses, une balance exacte entre les dettes des successions et les profits ou les avantages provenant de ces successions. Aussi le système qui dominait sous l'empire des anciens principes a-t-il passé dans le Code civil. Le premier paragraphe de l'art. 1414 dit, en effet : « Lorsque la succession échue à l'un des époux est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. » Il n'y a donc à se préoccuper en aucune manière de la nature des dettes dont la succession est grevée : la communauté et le conjoint héritier doivent concourir au payement chacun à proportion de ce qu'il recueille dans la succession. Ainsi, soit une succession de 100,000 fr. composée de valeurs mobilières et immobilières s'élevant les premières à la somme de 25,000 fr. et les autres à celle de 75,000 fr. ; si nous supposons que cette succession soit grevée de 20,000 fr. de dettes, la communauté qui, succédant par l'intermédiaire du

(1) V. Lemaître, *Cout. de Paris*, sur l'art. 245 ; Prevôt de la Jeannès, *Pr. de la jurisp. fr.*, n° 343 ; Pothier, *De la communauté*, n° 261 ; le nouveau Denisart, v° *Communauté de biens*, § 9, n° 19.

conjoint héritier à l'actif mobilier, prend le quart comparativement à la masse totale de la succession, doit concourir pour un quart aussi au payement des dettes quand bien même toutes ces dettes seraient immobilières ; réciproquement, l'époux héritier conservant en propre les valeurs immobilières de la succession, c'est-à-dire les trois quarts par rapport à la masse totale des biens compris dans cette succession, doit supporter seul les trois quarts des dettes, quand même toutes ces dettes seraient purement mobilières. En résumé : la communauté prend 25,000 fr. sur le chiffre de 100,000 fr. composant l'actif; elle doit payer 5,000 fr. sur le chiffre de 20,000 fr. formant le passif : le conjoint héritier conservant en propre 75,000 fr. de l'actif, doit supporter seul, en définitive, 15,000 fr. du passif. Que si les dettes n'étant pas actuellement exigibles il y a lieu d'en servir les intérêts, ces intérêts sont supportés pour le tout par la communauté, parce que c'est à elle que revient la jouissance de tous les biens, soit que la propriété lui en soit transmise, soit qu'elle reste propre à l'époux héritier.

Si les droits de la succession à des immeubles n'étaient pas certains ou même réalisés au moment du règlement des dettes entre les époux, ce règlement devrait avoir lieu à titre provisoire, ou à forfait si les parties étaient maîtresses de leurs droits. Il en est ainsi notamment dans le cas où le défunt possédant des immeubles dont il n'était pas propriétaire incommutable, l'héritier n'avait pas non plus acquis la propriété incommutable à la dissolution de la communauté, et dans le cas inverse où le défunt avait des droits sur des immeubles dont il n'avait pas la possession lors de sa mort, possession que son héritier n'avait pas acquise à la dissolution de la communauté, mais qu'il avait encore l'espoir de recouvrer (1).

561. Complétons ces notions par quelques observations qui se rapportent au cas où l'un des époux est lui-même créancier ou débiteur de la personne à laquelle il succède.

Il peut arriver que l'époux auquel échoit une succession se trouve créancier du défunt pour une somme qu'il s'était réservée en propre. Dans ce cas, l'époux peut-il exiger que la communauté lui tienne compte de cette somme ou pour le total, si la succession est purement mobilière ; ou pour la portion contributoire du mobilier dans les dettes, si la succession consiste tout à la fois en

(1) V. *Conf.* MM. Duranton, t. XIV, n° 242; Glandaz, v° *Communauté conjugale*, n° 157.

meubles et en immeubles ? Pothier (1) se propose cette question, et il la résout affirmativement. La raison de douter, dit-il, est que la créance de l'époux s'est éteinte par confusion lors de la réunion en sa personne des qualités de créancier et de seul héritier pur et simple du débiteur, et que dès lors la communauté n'a pu jamais être grevée d'une dette qui a cessé d'exister dès l'instant où l'époux est devenu héritier. Mais la raison de décider autrement est que la confusion ne s'est pas opérée lorsque la succession est purement mobilière, et qu'elle ne s'est pas opérée pour toute la somme lorsque la succession est à la fois mobilière et immobilière. La communauté, dit très-bien Pothier, est considérée comme cessionnaire des droits successifs de l'époux héritier, et à ce titre, elle est tenue, par application de la loi 2, § 18 ff. *de hæred. vend.*, de faire raison au cédant de ce qui était dû à ce dernier par le défunt. D'après cela, la communauté recevant tout l'actif de la succession lorsque cette succession est purement mobilière, doit tenir compte à l'époux héritier, comme à son cédant, de tout ce qu'il a payé des dettes de la succession, « non-seulement, selon l'expression de Pothier, par des payements réels, mais par la confusion qui s'est faite des dettes de la succession qui étaient dues à l'héritier, laquelle confusion est une espèce de payement. » Que si la succession est à la fois mobilière et immobilière, l'époux héritier demeure créancier de la communauté pour une part proportionnelle à la contribution de l'actif mobilier dans les dettes de la succession ; mais pour le surplus, c'est-à-dire pour la part qui est restée à la charge de cet époux eu égard à la portion qu'il recueille dans l'actif, la confusion s'opère, et par suite la créance est éteinte jusqu'à concurrence de cette part. Ainsi, dans l'hypothèse que nous faisions tout à l'heure, celle d'une succession échue à l'un des époux et composée d'une valeur immobilière de 75,000 fr. et de valeurs mobilières s'élevant à 25,000 fr., si nous comptons dans les 20,000 fr. de dettes que nous avons supposées une somme de 10,000 fr. comme provenant d'une donation de pareille somme faite à l'époux héritier lui-même sous la condition que l'objet de la donation n'entrera pas dans la communauté, quelle sera la créance de cet époux sur la communauté? Elle se trouvera réduite à 2,500 fr., et voici comment : la valeur des immeubles de la succession, c'est-à-dire de la portion personnelle à l'époux héritier étant des trois quarts par rapport à la masse

(1) V. *De la communauté*, n° 262.

totale des biens compris dans la succession, la créance résultant de la donation faite en faveur de l'époux héritier s'éteindra par confusion dans cette même proportion des trois quarts : elle se trouvera donc réduite à 2,500 fr.

562. A l'inverse, si au lieu d'être créancier l'époux était débiteur du défunt auquel il succède, et si la dette passive n'était pas de nature à entrer dans la communauté, par exemple, si elle avait pour cause le prix d'un immeuble vendu par le défunt à l'héritier avant le mariage de ce dernier, la question est de savoir si l'époux débiteur doit faire raison à la communauté de cette créance que le défunt avait sur lui. Encore sur ce point, Pothier se prononce pour l'affirmative par des considérations qui sont pleines de force aujourd'hui. La raison de décider ainsi, dit-il (1), est que la communauté d'un conjoint à qui il échoit une succession doit être considérée comme un cessionnaire des droits successifs mobiliers de ce conjoint. Or, la loi 3, ff. *de pecul.* décide que l'héritier qui a cédé ses droits successifs, doit faire raison à son cessionnaire de ce qu'il devait au défunt; parce que par cette cession il lui cède tout ce qui lui est parvenu ou qui doit lui parvenir de cette succession, et par conséquent l'émolument qu'il a perçu, en devenant héritier, de l'extinction de la dette dont il était débiteur envers le défunt. Je dois donc, suivant cette loi, faire raison à notre communauté, qui est cessionnaire de mes droits successifs mobiliers dans la succession qui m'est échue, de la créance mobilière que le défunt avait contre moi ; cette créance dont j'ai été libéré en devenant son héritier, faisant partie des droits successifs mobiliers dont notre communauté est cessionnaire.

563. Telles sont, dans les hypothèses diverses qui peuvent se présenter, les règles d'après lesquelles doit être déterminée, par rapport aux époux entre eux, l'importance des dettes de la communauté relativement aux successions échues à l'un ou à l'autre époux pendant le mariage. On voit que dans toutes ces hypothèses, le législateur a fait une application rigoureusement exacte du principe de réciprocité que nous avons indiqué. En résumé, lorsque la succession ou la donation est purement mobilière, la communauté paye les dettes en totalité ; elle en supporte les intérêts aussi bien que les capitaux, parce qu'en définitive c'est elle qui recueille la succession en pleine propriété. Si la succession est purement immobilière, la communauté gagne

(1) V. *loc. cit.*, n° 263.

seulement la jouissance des biens; elle est donc affranchie du capital des dettes, ce capital étant à la charge de l'époux héritier auquel la nue-propriété des biens héréditaires demeure en propre ; mais la communauté est grevée des intérêts ou des arrérages des dettes. Enfin, dans le cas où la succession est mixte, c'est-à-dire mobilière et immobilière à la fois, on applique d'une manière distributive, en ce qui concerne les dettes, les règles établies pour chacune des deux hypothèses précédentes : en d'autres termes, la communauté supporte en capital et intérêts une part de dettes proportionnelle à l'actif qu'elle recueille dans la succession par l'intermédiaire de l'époux héritier, et en outre elle est tenue de l'intérêt des dettes qui grèvent cet époux, eu égard à la portion héréditaire dont la nue-propriété lui reste en propre.

564. Mais on comprend que, sinon dans toutes les hypothèses, au moins dans la plupart, un conflit peut s'élever entre les époux relativement à l'importance de la succession à l'effet de déterminer d'une manière exacte le chiffre pour lequel la communauté et l'époux héritier concourent respectivement au payement des dettes. Il n'y a pas, à cet égard, de difficulté, du moins dans les rapports de la communauté avec les époux, seuls rapports dont nous nous occupions ici, lorsque la succession est purement immobilière; les biens héréditaires ne se confondent pas alors avec ceux de la communauté ; l'origine en peut être facilement établie, et comme la communauté ne doit supporter aucune part dans les dettes en capital, si elle les paye en tout ou en partie à la décharge de l'époux héritier qui en est seul chargé, il lui en est dû récompense. Mais la position n'est pas la même lorsque la succession est à la fois mobilière et immobilière. Dans ce cas, les meubles de la succession vont se confondre avec ceux de la communauté dont rien ne les distingue; et comme la communauté doit supporter, dans les dettes, une part correspondante à l'actif mobilier dont elle profite, il peut arriver qu'un conflit s'engage entre l'époux héritier et son conjoint : celui-ci, diminuant le chiffre de l'actif mobilier pour augmenter la part contributoire de l'époux héritier dans les dettes de la succession ; l'autre grossissant, au contraire, ce chiffre pour mettre plus de dettes à la charge de la communauté et se dégrever d'autant. Le législateur a prévu les difficultés de ce genre : tel est l'objet de l'art. 1414. Cet artile, après avoir indiqué la portion contributoire de la communauté aux dettes d'une succession à la fois mobilière et immobilière, ajoute : « Cette portion

contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef, si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue. » La loi tient compte ici de la position respective des parties. C'est parce que la femme, pendant le mariage, n'est pas libre de ses actions que le législateur met l'inventaire à la charge du mari seul, aussi bien dans le cas où la succession lui est échue personnellement que lorsqu'elle est échue à son épouse.

565. La loi ne fixe en aucune manière les éléments de cet inventaire. Mais la raison même indique qu'il doit être conçu de manière à faire bien connaître l'état de la succession. Il convient, par conséquent, que l'acte contienne non-seulement la description et la prisée du mobilier, mais encore l'état estimatif des immeubles. Toutefois, la prisée et la description du mobilier sont ce qu'il y a de plus particulièrement important. Le mari qui, en faisant procéder à l'inventaire, aurait négligé de faire l'estimation des immeubles, devrait être admis à y faire procéder plus tard, même après la dissolution de la communauté. Sous ce rapport, il n'y a pas, dans la loi, le principe d'une déchéance contre le mari.

566. Mais, à défaut d'inventaire, quel est pour les époux le moyen d'établir la consistance du mobilier et partant de fixer la part contributoire de la communauté dans les dettes de la succession? Il faut distinguer. Aux termes de l'art. 1415 : « *A défaut d'inventaire*, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. — Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve. » En ceci encore la loi prend en considération la position respective des époux. Le défaut d'inventaire ne peut jamais être imputé à la femme. Dans le cas même où la succession est échue à cette dernière, le mari seul est en faute si l'inventaire n'a pas été fait, puisqu'il était spécialement chargé, même dans ce cas, d'y faire procéder : il est donc juste que, dans toutes les hypothèses, la femme, pour n'être pas victime de la fraude ou de la négligence de son mari, ait à sa disposition des moyens faciles de suppléer au défaut d'inventaire dans tous les cas où ce défaut est susceptible de lui porter préjudice.

Le défaut d'inventaire préjudicie à la femme, dans le cas où la succession en partie mobilière et en partie immobilière étant échue au mari, celui-ci ou ses héritiers prétendent donner au mobilier qui en dépendait une valeur supérieure à celle qu'il avait réellement : car la part contributoire de la communauté dans les dettes étant correspondante à l'actif, accroître cette part c'est diminuer l'actif et par conséquent préjudicier aux droits que la femme y peut prétendre comme commune. Le défaut d'inventaire préjudicie à la femme dans l'hypothèse inverse, lorsque la succession lui étant échue personnellement, le mari ou ses héritiers prétendent donner au mobilier dépendant de la succession une valeur inférieure à celle qu'il avait réellement ; car diminuer le chiffre de l'actif recueilli par la communauté, c'est diminuer la part contributoire de la communauté aux dettes, et par cela même augmenter la part à laquelle la femme était personnellement tenue comme ayant conservé en propre les immeubles de la succession. Dans ces hypothèses et dans toutes celles où le défaut d'inventaire est susceptible de préjudicier à la femme, celle-ci peut établir par tous les moyens de preuve indiqués par la loi la véritable consistance du mobilier. Ainsi, elle peut agir par titres ou papiers domestiques, par témoins et même par commune renommée.

La loi en donnant à la femme un moyen de prouver la consistance du mobilier, suppose que le mari pourrait quelquefois se servir de l'ascendant qu'il a sur sa femme pour empêcher celle-ci de se procurer une preuve écrite de la consistance du mobilier compris dans la succession. Par cela même, la femme invoquerait utilement la disposition de la loi dans tous les cas où la raison de décider serait la même. La cour de Caen, dans un arrêt du 23 juin 1841, a jugé néanmoins que l'enquête par commune renommée ne doit être admise que dans les trois cas prévus par les art. 1414, 1442 et 1504. La jurisprudence est contraire ; et si cet arrêt, quoiqu'il ait été attaqué devant la cour de cassation, n'a pas été annulé, c'est uniquement parce qu'un motif quelque erroné qu'il soit ne peut autoriser la cassation d'un arrêt dont le dispositif est conforme à l'esprit et à la lettre de la loi. Ainsi s'est exprimé M. le conseiller rapporteur devant la cour suprême sur le pourvoi dont a été l'objet l'arrêt de la cour de Caen (1). Ce même magistrat a signalé l'interprétation restrictive de la cour de Caen comme étant en opposition

(1) V. le rapport dans le recueil de M. Devilleneuve, année 1843. 1. 165.

avec un arrêt antérieur de la cour de cassation (1) qui reconnaît aux tribunaux le droit de recourir à la commune renommée non-seulement dans les cas prévus par les trois articles précités, mais encore dans les cas analogues.

D'après cela, l'inventaire eût-il été fait par le mari, la femme n'en aurait pas moins le droit de demander un nouvel inventaire même par commune renommée si le premier était défectueux par le fait du mari (2). Ce droit appartiendrait aussi à la femme pour établir que le chiffre de dettes est dans la réalité inférieur au chiffre déclaré par le mari ou par ses héritiers (3).

Ajoutons enfin que sous ce rapport les droits de la femme ne souffrent aucune atteinte de la circonstance que son mari est commerçant. La cour de Douai a jugé avec raison que les dispositions restrictives de l'art. 563 du Code de commerce, de même que les conditions auxquelles cet article subordonne l'existence et l'exercice de l'hypothèque légale des femmes de négociants, n'influent en rien sur la qualité de simples créancières chirographaires appartenant à ces mêmes femmes; et qu'à cet égard elles se trouvent placées sous l'empire du droit commun (4). Ainsi, la femme dont le mari était commerçant lors de la célébration du mariage, peut, dans tous les cas où il ne s'agit pas de l'exercice de son hypothèque légale, établir par témoins et même par commune renommée, l'importance des successions mobilières échues pendant le mariage et dont les valeurs n'ont point été constatées par inventaire.

563. Il n'est pas besoin de s'arrêter ici aux formes d'après lesquelles ces diverses preuves sont faites. Toutefois, il existe dans la pratique certains usages qui nous obligent à dire quelques mots de la preuve par commune renommée.

Cette preuve, on le sait, diffère de la preuve par témoins, en ce qu'elle peut ne reposer que sur de simples opinions, sur des rumeurs plus ou moins vagues, tandis que la preuve testimoniale doit résulter nécessairement de dépositions portant sur des faits précis dont les témoins ont eu personnellement connaissance. De cette différence on a conclu, dans la pratique, que tandis que la preuve par témoins doit avoir lieu devant le juge en la forme tracée dans le Code de procédure au titre *des enquêtes*, la

(1) V. l'arrêt cité à la note sous le n. suivant.
(2) V. en ce sens Angers, 15 juillet 1808 (aff. Aurat).
(3) *Conf.* M. Toullier, t. XII, n° 289.
(4) V. Douai, 27 mai 1841 (aff. Jaclin-Odoux).

preuve par commune renommée, au contraire, peut avoir lieu devant notaire. Ajoutons que cet usage a été quelquefois autorisé par les juges eux-mêmes. On trouve dans la pratique des actes qui, sous la dénomination d'*inventaire par commune renommée*, ne sont pas autre chose qu'une sorte de procès-verbal dressé par des notaires auxquels des tribunaux avaient confié le soin de recevoir eux-mêmes des dépositions destinées à former l'espèce de preuve dont nous parlons ici.

Hâtons-nous de dire qu'un tel usage ne doit pas, dans tous les cas, être approuvé. Constitués pour recevoir et constater la volonté des parties contractantes, les notaires ont bien une sorte de juridiction, mais une juridiction purement amiable, dont le pouvoir s'arrête dès que les parties cessent d'être d'accord. Donc, si les notaires peuvent dresser un inventaire par commune renommée lorsque toutes les parties y consentent, s'ils peuvent entendre des témoins volontairement présentés par ces parties, il n'en est plus ainsi lorsque l'inventaire par commune renommée est ordonné par justice, malgré la résistance de quelques-uns des intéressés. Dans ce cas, c'est dans la réalité une enquête qu'il s'agit de faire; la juridiction volontaire des notaires doit faire place à la juridiction contentieuse des tribunaux. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt que les notaires doivent considérer comme posant, en cette matière, la limite de leurs attributions (1).

568. La loi, comme on l'a vu, refuse au mari le droit qu'elle accorde à la femme d'établir la consistance du mobilier. « Le *mari, dit en effet l'art.* 1415, n'est jamais recevable à faire cette preuve. » En ne faisant pas procéder à l'inventaire que l'article 1414 met à sa charge, le mari s'est volontairement exposé à toutes les conséquences qu'entraîne le défaut d'inventaire. Par *conséquent*, il ne peut, à la dissolution de la communauté, lorsqu'il n'a pas fait constater par un inventaire le mobilier d'une succession mixte que cette succession lui soit échue, ou qu'elle ait été ouverte en faveur de la femme, exercer contre la femme ou contre ses héritiers aucune répétition à raison des dettes de cette succession payées par la communauté. Cela a été expressément déclaré par la cour suprême (2).

569. Mais il résulte de la doctrine même de cette cour que s'il y a déchéance contre le mari, cette déchéance n'est pas ab-

(1) V. *Civ. cass.*, 17 janvier 1838 (Robert c. Ledoux).
(2) V. *Civ. rej.*, 10 août 1842 (aff. Delée).

solue. Sans doute le mari ne peut pas prouver la consistance du mobilier par témoins, ni à plus forte raison par la commune renommée ; mais s'il suppléait au défaut d'inventaire par d'autres titres propres à justifier la consistance du mobilier et la quotité des dettes, il n'y aurait pas de motif de rejeter cette preuve. La cour de cassation admet cette doctrine, et nous la croyons fondée, d'autant plus que les art. 1499 et 1504, relatifs aux clauses de réalisation et de communauté réduite aux acquêts, permettent au mari de suppléer au défaut d'inventaire *par un acte en bonne forme* dans un cas où le mari est également seul chargé de faire procéder à l'inventaire dans l'intérêt de la femme (1).

530. Enfin, le même arrêt de la cour de cassation place sur la même ligne que le mari les héritiers qui le représentent, en sorte qu'à défaut d'inventaire ces derniers pourraient, comme leur auteur, se prévaloir d'un titre propre à justifier la consistance du mobilier et la quotité des dettes, mais ne pourraient pas plus que leur auteur recourir à la commune renommée, ni même à la preuve testimoniale. Sous ce rapport, la doctrine de la cour suprême nous paraît contestable. On voit bien que dans sa première disposition, l'art. 1415, en consacrant le droit de la femme, mentionne la femme et *ses héritiers ;* mais ce même article, lorsque dans sa deuxième disposition il proclame la déchéance du mari, parle du mari seulement sans mentionner les héritiers. Pourquoi donc étendre à ces derniers une déchéance que la loi ne formule pas contre eux ? Si la loi a été violée en ce qu'il n'a pas été fait inventaire lorsqu'elle l'exigeait, on comprend bien que l'auteur de cette violation ne puisse pas s'en faire un titre et en exciper contre la femme en faveur de laquelle l'inventaire est prescrit. Mais on ne comprendrait pas que ceux à qui l'obligation n'était pas imposée ne pussent pas se prévaloir de cette violation et suppléer à une omission qui n'a peut-être été commise qu'en fraude de leurs droits... Nous croyons donc, contre la doctrine de la cour suprême, que la déchéance prononcée par l'art. 1415 est toute personnelle au mari et ne doit pas atteindre ses héritiers (2). Nous aurons à nous expliquer plus

(1) V. notre commentaire de ces articles, t. II, n. 46. — V. encore dans le sens de l'arrêt de la Cour suprême, Rouen, 29 août 1840 (aff. Bance).

(2) On peut rattacher à cette doctrine un arrêt d'après lequel, lorsqu'un mari s'est assujetti par son contrat de mariage à faire rapporter un inventaire estimatif des biens dépendants des successions qui écherraient à son épouse, et qu'il n'en a rien fait, son fils peut invoquer la commune renommée contre ses con-

amplement sur ce point à l'occasion de la disposition analogue contenue dans l'art. 1504 (1).

571. Lorsque la succession échue pendant le mariage est purement mobilière, le mari peut avoir aussi un très-grand intérêt à faire un inventaire. Cet intérêt n'existe pas sans doute, lorsque la succession est échue personnellement au mari, ou bien encore lorsqu'étant échue à la femme, le mari l'a acceptée sans le concours de cette dernière ou en a autorisé l'acceptation. Dans ces diverses hypothèses, la communauté est indéfiniment tenue des dettes non-seulement vis-à-vis des créanciers, comme nous le verrons bientôt, mais encore, et sans récompense, à l'égard des époux entre eux. C'est une conséquence des principes développés à la section suivante, à savoir que le mari comme administrateur et chef de la communauté, oblige cette communauté par ses actes, et que la femme l'oblige également par les actes qu'elle fait avec le consentement de son mari.

Mais l'inventaire devient une formalité nécessaire et intéressante pour le mari lorsque, la succession mobilière étant échue à la femme, cette dernière n'accepte qu'avec l'autorisation de la justice. Dans ce cas, pour que la communauté ne soit tenue même vis-à-vis de la femme des dettes de la succession que jusqu'à concurrence des valeurs actives qui sont entrées dans le fonds commun, ou dont le fonds commun a profité, il faut que le mari ait fait constater la consistance de l'hérédité au moyen d'un inventaire régulier. A défaut d'inventaire, les biens de la succession se confondent avec les biens communs. La communauté est donc indéfiniment tenue des dettes de la succession, ces dettes fussent-elles dans la réalité supérieures à l'émolument actif (2).

N° 2. — *Quelle est, à l'occasion des successions échues pendant le mariage, l'étendue de l'action des créanciers, soit sur les biens de la communauté, soit sur ceux des époux.*

Sommaire.

572. Transition. — L'action des créanciers varie, dans son étendue, suivant qu'il s'agit de successions échues au mari ou à la femme; suivant que

sorts, héritiers de leur père, qui a survécu à sa mère. Rennes, 15 février 1821 (aff. Tranchant du Tulays).

(1) V. notre t. II, *loc. cit.*, p. 36.

(2) V. *Conf.* MM. Toullier, t. XII, n°s 278 et 279; Duranton, t. XIV, n° 232; Taulier, t. V, p. 78; Zachariæ, t. III, p. 461-462; Odier, t. I, n° 173.

la succession, si elle est échue à la femme, a été acceptée avec le concours du mari ou l'autorisation de la justice; et suivant qu'il a été fait ou non inventaire.

573. Successions purement mobilières. — Si la succession est échue au mari, les créanciers peuvent poursuivre leur payement, non-seulement sur tous les biens de la communauté, mais encore sur les propres du mari, sauf récompense pour ce dernier.

574. Si la succession est échue à la femme et si elle a été acceptée avec l'autorisation du mari, les créanciers peuvent agir sur les biens de la communauté, et, sauf les récompenses de droit, sur les propres des deux époux.

575. Si au refus du mari, la femme a accepté avec l'autorisation de la justice, les créanciers ne peuvent agir pendant la durée de la communauté que sur la nue-propriété des propres de la femme, et sur les biens de la communauté pour le tout si le mari n'a pas fait inventaire, et seulement jusqu'à concurrence du bénéfice procuré au fonds commun si un inventaire a été fait.

576. Successions purement immobilières. — Soit que la succession ait été ouverte en faveur de la femme, soit qu'elle ait été dévolue au mari, les créanciers peuvent poursuivre le payement de leurs dettes sur les biens héréditaires.

577. Mais en ce qui concerne les autres biens personnels des époux et les biens de la communauté, il faut distinguer. Quand la succession est échue au mari, les créanciers peuvent agir non-seulement sur ses biens personnels, mais encore sur les biens de la communauté, sauf récompense dans ce dernier cas. Art. 1412, n° 2.

578. Quand la succession est échue à la femme, les créanciers ont action sur les propres de la femme en pleine propriété si la succession a été acceptée avec le concours du mari, et en nue-propriété seulement en cas d'acceptation avec l'autorisation de la justice. Art. 1413.

579. Mais en aucun cas les créanciers d'une succession purement immobilière échue à la femme ne peuvent poursuivre le payement de leurs dettes sur les biens de la communauté. Erreur de M. Toullier.

580. Successions à la fois mobilières et immobilières. — Texte des art. 1416 et 1417.

581. Lorsqu'une succession ainsi composée est échue au mari, la loi fait l'application des principes qui régissent les droits des créanciers dans le cas où il s'agit soit d'une succession mobilière, soit d'une succession immobilière.

582. Mais lorsque la succession est échue à la femme et a été acceptée avec le consentement du mari, la loi, par une dérogation à ceux de ces principes qui concernent les successions immobilières, soumet à l'action des créanciers les biens de la communauté pour l'intégralité des créances.

583. Il en est de même si au refus du mari la succession est acceptée avec l'autorisation de la justice, et si le mari n'a pas fait inventaire. — *Secùs* si le mari a eu le soin de constater l'état de la succession par un inventaire régulier.

572. Nous avons vu dans le numéro précédent quelles sont les dettes des successions qui tombent dans la communauté pour être supportées par elle et former, entre les époux, le passif à partager au moment de la dissolution de la société conjugale. Il faut aller plus avant et déterminer quelles dettes la communauté peut, sur la poursuite des créanciers, être tenue de payer sauf son recours contre l'époux héritier, et dans quelle mesure s'exerce l'action de ces créanciers. Sous ce rapport, on doit encore tenir compte de la distinction qui sert de base aux solutions contenues dans le numéro précédent : ainsi on distingue entre les successions purement mobilières, les successions purement immobilières et les successions à la fois mobilières et immobilières. Mais cette distinction n'est pas la seule : les règles varient encore dans les diverses hypothèses prévues par le législateur, suivant que la succession est échue au mari ou à la femme; si la succession est échue à la femme, suivant que l'acceptation a été autorisée par le mari ou par la justice, et suivant que le mari a fait ou non inventaire.

Nous suivrons les effets de ces distinctions dans les diverses hypothèses.

573. Lorsque la succession est purement mobilière, on doit distinguer d'abord si elle est échue au mari ou à la femme.

Si la succession est échue au mari et si celui-ci l'a acceptée purement et simplement, la communauté est tenue des dettes pour le tout; les créanciers peuvent donc poursuivre leur payement sur les biens de la communauté. Toutefois, les créanciers ont aussi pour obligée la personne de l'héritier, et par conséquent ils peuvent agir également contre les biens personnels du mari. Mais comme tout l'actif de la succession, dans le cas supposé, a été recueilli par la communauté, s'il arrive que le mari soit poursuivi sur ses biens personnels, la communauté lui doit récompense.

Il est d'ailleurs bien entendu que dans cette hypothèse comme dans toutes celles qui vont suivre, les créanciers de la succession ont pour premier gage les biens héréditaires.

574. Quand la succession est échue à la femme, deux hypothèses doivent être prévues : ou la succession a été acceptée par la femme avec le consentement du mari; ou la succession a été acceptée avec autorisation de justice.

Dans la première hypothèse, les créanciers sont particulièrement favorisés. Leur action s'étend sur les biens héréditaires, sur ceux de la communauté, sur les propres du mari et sur ceux

de la femme. Car les biens héréditaires sont, nous l'avons dit, le premier gage des créanciers de la succession; les biens de la communauté sont nécessairement affectés au payement, puisque la communauté a recueilli tout l'actif; les propres de la femme sont soumis à l'action du créancier comme appartenant à l'héritier qui est leur obligé personnel au même titre que le défunt; les propres du mari sont soumis à la même action en vertu de l'intervention personnelle par laquelle il s'est assimilé les dettes de la femme. Ainsi, le mari sera privé soit de ses propres, si l'action des créanciers est dirigée contre ses biens personnels; soit des revenus des propres de la femme, lesquels lui appartiennent comme tombant dans la communauté, si les créanciers agissent contre les biens personnels de la femme. Mais c'est parce qu'en consentant à l'acceptation de la succession il a volontairement affecté à l'extinction du passif soit ses propres, soit les revenus des propres de la femme. Toutefois, ici comme dans l'hypothèse précédente, le principe de la récompense a toujours son effet : la communauté ayant recueilli tout l'actif, elle supporte les dettes : récompense est donc due soit au mari, soit à la femme, si, par l'effet de l'action des créanciers, les propres de l'un ou de l'autre ont servi au payement.

575. Au lieu d'avoir accepté avec le consentement de son mari, la femme n'a-t-elle accepté qu'avec l'autorisation de la justice, la situation est toute différente. On ne peut plus alors opposer au mari son intervention personnelle; partant, l'action des créanciers ne s'exerce jamais sur les biens personnels du mari. Par la même raison, cette action ne s'étend pas aux revenus des propres de la femme : ces revenus tombent dans la communauté et appartiennent ainsi au mari, qui n'en saurait être privé par l'effet de l'acceptation, puisqu'il n'y a voulu prendre aucune part. Les créanciers ne peuvent donc agir, pendant la durée de la société conjugale, que sur les biens héréditaires, sur la nue-propriété des propres de la femme et sur les biens de la communauté. Encore même leur action sur ces derniers biens a-t-elle plus ou moins d'étendue. Elle s'exerce sur tous, quelque peu important que soit, pour le fonds commun, l'actif de la succession, si le mari a négligé de faire inventaire. Alors, en effet, le mari par sa faute a enlevé aux créanciers tout moyen d'établir la consistance des valeurs mobilières de la succession, puisqu'il a laissé ces valeurs se confondre avec celles de la communauté; ce serait donc, contre les règles de l'équité, rendre les créanciers victimes de la négligence du mari, que de limiter

l'action et de la renfermer dans la mesure du bénéfice procuré par la succession à la communauté. Mais l'action des créanciers ne s'exerce sur les biens de la communauté que jusqu'à concurrence des valeurs actives entrées dans le fonds commun ou dont la communauté a profité, si le mari a eu le soin en constatant, au moyen d'un inventaire régulier, la consistance de l'hérédité, d'isoler ainsi les valeurs mobilières qui la composaient de celles de la communauté. La loi exprime cette restriction seulement à l'occasion des successions à la fois mobilières et immobilières (art. 1416); mais l'analogie est ici toute-puissante, et l'on ne voit pas sous quel prétexte la règle ne serait pas étendue aux successions purement mobilières.

La femme héritière n'en est pas moins obligée pour l'intégralité des dettes, même dans le cas où les créanciers doivent restreindre leur action sur les biens de la communauté : c'est pour cela que les créanciers peuvent, même pendant la durée de la communauté, poursuivre leur payement sur la nue-propriété des biens propres de leur débitrice.

576. Lorsque la succession ouverte pendant le mariage est purement immobilière, les créanciers ont toujours la faculté, soit que la succession ait été dévolue au mari, soit qu'elle l'ait été à la femme, de poursuivre leur payement sur les immeubles de ladite succession : leur droit résulte ici de la nature même des choses; en outre il est expressément consacré par la première disposition de l'art. 1412.

577. Mais les créanciers peuvent-ils également poursuivre leur payement sur les biens de la communauté et sur les biens personnels des époux? A cet égard, il faut distinguer entre le cas où la succession est dévolue au mari et celui où elle est échue à la femme.

Si la succession est échue au mari, il est incontestable que les créanciers peuvent agir non-seulement sur les biens propres du débiteur, mais encore sur les biens de la communauté. D'une part, tous les biens du débiteur sont le gage des créanciers; d'une autre part, le mari qui, nous le verrons bientôt, peut hypothéquer, aliéner, donner même sauf certaines restrictions, les biens de la communauté, est à plus forte raison libre de faire servir ces mêmes biens au payement de ses dettes personnelles. S'il le peut, ses créanciers le peuvent également, en vertu des principes généraux d'après lesquels les créanciers exercent tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux exclusivement attachés à la personne (C. civ. 1166). Toutefois,

comme la communauté n'acquiert rien dans une succession purement immobilière échue à l'un des époux, il est juste, si les biens qui la composent ont servi à libérer le mari héritier des dettes à lui transmises par la succession, que la communauté en soit indemnisée au moyen d'une récompense. Ainsi sont respectivement réglés, par la seconde disposition de l'art. 1412, les droits des créanciers du mari héritier et ceux de la communauté. « Néanmoins, porte cette disposition, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement, soit sur tous les biens propres du mari, soit même sur ceux de la communauté, sauf, dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers. »

578. Il en est autrement lorsque la succession purement immobilière est échue à la femme. Dans ce cas, l'art. 1413 règle le droit de poursuite des créanciers de la succession. Aux termes de cet article « si la succession purement immobilière est échue à la femme, et que celle-ci l'ait acceptée du consentement de son mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement sur tous les biens personnels de la femme ; mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue-propriété des autres biens personnels de la femme. » Le système de la loi se comprend et se justifie aisément. Les créanciers de la succession ont action sur les biens héréditaires et sur les biens personnels de la femme. Toutefois, relativement à ces derniers biens, cette action est plus ou moins étendue suivant que la succession a été acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice ou avec le consentement du mari : dans le premier cas, l'action des créanciers est restreinte à la nue-propriété des biens personnels de la femme, parce que le mari n'ayant voulu prendre aucune part à l'acceptation, il n'y a aucun motif pour le priver des revenus qui doivent, en principe, tomber dans la communauté ; dans le second cas, l'action des créanciers peut s'étendre à la pleine propriété des biens personnels de la femme, parce qu'alors l'intervention du mari implique sa renonciation à des revenus qu'il affecte volontairement au payement des dettes.

579. Mais dans aucun cas, les créanciers de la succession ne peuvent agir sur les biens de la communauté : même lorsqu'il autorise l'acceptation, le mari n'est pas considéré comme s'obligeant lui-même, et partant comme obligeant les biens de la

communauté. En thèse générale, il est vrai que, par exception au principe d'après lequel celui qui autorise un incapable ne contracte personnellement aucune obligation, le mari est censé s'obliger lorsqu'il autorise sa femme à conclure une affaire, à s'obliger elle-même. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'affaire en vue de laquelle l'autorisation est accordée par le mari soit conclue dans son intérêt personnel ou tout au moins dans l'intérêt de la communauté. Si cette affaire n'intéresse que la femme elle-même, le principe général doit reprendre son empire; il est alors vrai de dire du mari, comme on le dirait du curateur dans ses rapports avec le mineur émancipé commis à sa surveillance: celui qui autorise un incapable ne contracte personnellement aucune obligation. Or, précisément, une succession purement immobilière échue à la femme pendant le mariage n'intéresse en aucune manière ni le mari ni la communauté, puisque ni l'un ni l'autre n'acquièrent rien dans cette succession, dont les biens doivent demeurer exclusivement propres à la femme héritière. La loi a donc été conséquente lorsque, limitant l'action des créanciers aux seuls biens héréditaires, et en cas d'insuffisance aux biens personnels de la femme, elle a virtuellement soustrait à leurs poursuites les biens de la communauté.

D'après cela, nous regardons comme une erreur manifeste l'opinion émise par M. Toullier (1), et d'ailleurs réfutée par tous les auteurs sans exception (2), que les créanciers peuvent, en cas d'insuffisance des biens héréditaires et des biens personnels de la femme, poursuivre encore leur payement sur les biens de la communauté.

580. Lorsque la succession échue à l'un des époux pendant le mariage est mixte, c'est-à-dire composée à la fois de meubles et d'immeubles, on sait que, par rapport aux époux entre eux, les dettes dont la succession est grevée sont à la charge de la communauté, aux termes de l'art. 1414, seulement jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des im-

(1) V. t. XII, nos 282, 283.

(2) V. MM. Delvincourt, édit. de 1824, t. III, p. 31, note 3; Duranton, t. XIV, nos 235 et suiv.; Bellot, t. I, p. 270; Battur, t. I, n° 332; Zachariæ, t. III, p. 463, note 6; Demante, *Thémis*, t. XVIII, p. 166; Dalloz aîné, t. X, p. 200, n° 29; Glandaz, *loc. cit.*, n° 151; Gilbert, *Cod. ann.*, sur l'art. 1413; Taulier, t. V, p. 80; Odier, t. I, n° 181.

meubles. Mais quels sont les droits des créanciers dans une succession de cette nature? Ces droits sont réglés par les art. 1416 et 1417.

Aux termes de l'art. 1416 : « Les dispositions de l'art. 1414 ne font point obstacle à ce que les créanciers d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière poursuivent leur payement sur les biens de la communauté, soit que la succession soit échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme lorsque celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari; le tout sauf les récompenses respectives. — Il en est de même si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, et que néanmoins le mobilier en ait été confondu dans celui de la communauté sans un inventaire préalable. »

L'art. 1417 ajoute : « Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur payement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et en cas d'insuffisance, sur la nue-propriété des *autres biens personnels de la femme.* »

581. Ainsi, d'après ces dispositions, la succession est-elle échue au mari, la loi fait l'application des principes qui régissent les droits des créanciers dans les précédentes hypothèses. Que la succession échue au mari soit mobilière ou immobilière, la communauté en est tenue pour la totalité vis-à-vis des créanciers qui peuvent aussi poursuivre leur payement sur les propres du mari : le tout sauf les récompenses telles que de droit. La raison de décider étant incontestablement la même, lorsque la succession est composée à la fois de meubles et d'immeubles, le droit des créanciers ne devait évidemment pas avoir moins d'étendue : la loi leur permet donc d'agir tant sur les biens de la communauté que sur les propres du mari, sauf, à l'époque de la liquidation, à rétablir, au moyen d'une récompense, les proportions établies par l'art. 1414 à l'égard des époux entre eux.

582. Mais la loi déroge d'une manière partielle aux principes qui règlent les droits des créanciers, lorsque la succession mixte étant échue à la femme, celle-ci l'accepte avec le consentement du mari. En appliquant à cette hypothèse les principes établis à l'égard des créanciers, soit par rapport aux successions purement mobilières, soit par rapport aux successions purement immobilières, on serait arrivé à cette conséquence que les créanciers de la succession n'auraient pu poursuivre le payement de leurs dettes *sur les biens de la communauté* que dans une propor-

tion déterminée par les valeurs mobilières comprises dans la succession mixte, puisque les créanciers, comme nous venons de le voir (1), n'ont jamais action sur les biens de la communauté. Mais par une dérogation aux principes relatifs aux successions purement immobilières, le législateur, sans distinguer en aucune manière entre le cas où il a été fait inventaire et celui où les valeurs de la succession ont été confondues à défaut d'inventaire avec celles de la communauté, le législateur permet expressément aux créanciers d'une succession mixte échue à la femme et acceptée par elle avec le consentement de son mari, d'exercer leur action sur les biens de la communauté, non-seulement dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles, mais pour l'intégralité de leurs créances. Le législateur a pensé sans doute que si la communauté doit être affranchie lorsqu'elle ne recueille rien, comme dans le cas où la succession est purement immobilière, il doit en être autrement dans l'hypothèse d'une succession mixte, où elle est appelée à prendre part aux avantages procurés par la succession et à y recueillir même les biens qui, par leur nature, peuvent le plus facilement être convertis en argent. Dans cette position, il était équitable de mettre à la charge de la communauté l'avance nécessaire à l'acquittement de toutes les dettes, d'autant plus qu'appliquer le principe de la contribution aux dettes posé par l'art. 1414 aux rapports des époux avec les créanciers, c'eût été donner lieu à des difficultés et à des contestations incessantes sur la portion contributoire de la communauté dans les dettes, portion nécessairement ignorée des créanciers que les époux ne sont pas obligés d'appeler à l'inventaire. La dérogation consacrée par le législateur, dans ce cas particulier, s'explique donc très-bien : elle protége les droits des créanciers sans compromettre ceux de la communauté : car, on l'a vu, la loi réserve expressément *les récompenses respectives*, en sorte que la communauté venant à payer au delà de sa portion contributoire dans les dettes, telle qu'elle est réglée par l'art. 1414, la femme lui en devrait récompense.

Dans cette hypothèse, les créanciers de la succession peuvent aussi poursuivre le payement de leurs dettes sur les immeubles compris dans la succession, sur la pleine propriété des biens personnels à la femme héritière, et sur les propres du mari par application de ce que nous avons dit *suprà*, n. 574 (2).

(1) V. *suprà*, n. 579.
(2) V. *Conf.* M. Bellot des Minières, t. I, p. 296.

583. Si la succession partie mobilière, partie immobilière, échue à la femme est acceptée, au refus du mari, avec l'autorisation de la justice, il faut distinguer : ou le mari a eu le soin de faire procéder à un inventaire ; ou il a négligé cette formalité, laissant ainsi se confondre les valeurs mobilières de la succession avec celles de la communauté. Dans ce dernier cas, les propres du mari sont affranchis de la poursuite des créanciers, parce que le mari a refusé de prendre aucune part à la succession ; à cela près, l'action des créanciers peut être exercée de la même manière que dans le cas précédent : ils peuvent donc poursuivre le payement de leurs dettes, sur les biens de la communauté, sur les immeubles de la succession et sur les propres de la femme.

Mais, dans le premier cas où le mari a fait inventaire, il en est tout autrement : non-seulement le mari a refusé son intervention personnelle à l'acceptation de la succession, mais encore il a eu le soin d'isoler les valeurs mobilières de la succession de celles de la communauté. Dans l'ancienne jurisprudence, cette situation avait fait naître une très-vive controverse (1). Toutefois, l'opinion commune avait fait prévaloir la doctrine consacrée, dans un cas analogue, par l'art. 201 de la coutume d'Orléans, aux termes duquel : « Femme conjointe par mariage peut poursuivre ses actions et droits avec l'autorité de son mari, et au refus, elle peut requérir être autorisée par justice, et en cette qualité, intenter lesdites actions sans que les sentences ou jugements qui pourraient être donnés à l'encontre desdites femmes non autorisées ni avouées par lesdits maris puissent être exécutés sur les biens de la communauté pendant icelle : toutefois, le mari sera tenu rapporter ce qu'il aura pris et reçu à cause desdits droits et actions poursuivis par sadite femme. » On tenait seulement que le mari devait, pour limiter l'action des créanciers dans les termes de cet article, faire un inventaire de tout ce qui lui était parvenu à cause des successions échues à sa femme et de représenter cet inventaire aux créanciers (2). Cette doctrine avait été formulée par le président Lamoignon en ces termes : « Mais si elle (la femme) prend la succession par autorité de justice au refus de son mari, les effets mobiliers de la

(1) Cette controverse est résumée par Renusson, *Tr. de la communauté*, part. 1re, ch. XII, nos 19 et suiv.

(2) V. Renusson, *loc. cit.* ; Pothier, *De la communauté*, no 253 ; Ferrière, sur l'art. 221, glos. uniq., § 3, no 11 ; Lebrun, *De la communauté*, liv. III, ch. III, sect. II, dist. 2, no 8.

succession n'entreront en communauté et les créanciers ne pourront se pourvoir que sur la nue-propriété des immeubles particuliers de la femme, et sur les biens mobiliers et immobiliers de la succession de leur detteur (1). »

C'est là précisément la règle que l'art. 1417 du Code civil a fait prévaloir. Ainsi, les propres du mari, les revenus des propres de la femme et les biens de la communauté sont affranchis, en ce cas, de l'action des créanciers de la succession; ceux-ci ne peuvent donc poursuivre le payement de leurs dettes que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de la succession, et sur la nue-propriété des autres biens personnels de la femme.

Notons, d'ailleurs, quant aux biens personnels de la femme, que la loi les soumet aux poursuites des créanciers seulement en cas d'insuffisance des biens tant mobiliers qu'immobiliers compris dans la succession : de là cette conséquence importante que la femme, dès que des poursuites sont dirigées contre elle, est fondée à exiger la discussion préalable des biens de la succession.

ART. 3. — *Des dettes contractées par les époux pendant le mariage.*

584. Aperçu général et division.

584. Pendant la durée de la société conjugale les époux peuvent l'un et l'autre grever de dettes le fonds commun et leurs propres biens, mais chacun dans une mesure et selon des règles différentes : cela s'explique par la position même que chacun d'eux occupe.

Comme chef de la société conjugale et comme administrateur des biens qui la composent, le mari a reçu de la loi un pouvoir en quelque sorte absolu. De là une conséquence toute naturelle : les engagements contractés par le mari durant la société conjugale grèvent la communauté. L'art. 1409 formule cette conséquence lorsqu'il déclare dans sa seconde disposition que la communauté se compose passivement des dettes tant en capitaux qu'intérêts ou arrérages contractés par le mari pendant la communauté. Toutefois, si les dettes ont été contractées dans l'intérêt personnel du mari, la communauté n'en peut rester définitivement grevée : voilà pourquoi la même disposition de l'art. 1409 réserve la récompense dans le cas où elle a lieu.

(1) V. arrêtés de Lamoignon, tit. *De la communauté de biens entre mary et femme*, art. 23.

Quant aux dettes contractées par la femme, elles obligent, en général, la communauté, lorsque le mari a donné son consentement : c'est ce qu'exprime également la disposition précitée de l'art. 1409 qui réserve aussi dans ce cas la récompense s'il y a lieu. La femme est alors, par délégation, dans l'exercice du droit d'administrer ; le mari agit par un intermédiaire, et c'est exactement comme s'il agissait lui-même. Les art. 1419 et 1420 contiennent le développement et la conséquence de cette règle.

Toutefois, les règles ci-dessus résumées comportent, tant à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme, certaines applications et certaines modifications qui, bien que formulées par le législateur dans la section relative à l'*administration de la communauté* (V. notamment les art. 1424, 1425, 1426, 1427, 1431 et 1432), se rattachent d'une manière toute particulière au passif de la communauté. Nous ramènerons donc ces applications et ces modifications sous cette dernière rubrique.

Cette matière se trouve divisée naturellement en deux numéros distincts, dans lesquels nous traiterons successivement : 1° des dettes contractées par la femme pendant le mariage ; 2° des dettes contractées par le mari pendant la même époque.

N° 1. — *Dettes contractées par la femme.*

Sommaire.

585. Économie de la loi en ce qui concerne les actes de la femme pendant le mariage.

586. En principe, la femme ne peut obliger la communauté par ses actes.

587. La règle s'étend à tous les actes quelle que soit leur nature. — Application du principe aux délits. — Renvoi.

588. La femme a besoin pour obliger la communauté du concours ou du consentement de son mari à l'acte par elle consenti. Art. 1419.

589. La règle comporte certaines exceptions. Elle ne s'applique ni à l'obligation de payer les dettes dépendantes d'une succession purement immobilière échue à la femme pendant le mariage et acceptée par elle du consentement du mari, ni à l'obligation de garantie contractée par la femme dans la vente de l'un de ses propres faite avec l'autorisation du mari.

590. Mais en dehors de ces deux cas, la règle générale reprend son empire.

591. Le consentement du mari à l'obligation souscrite par la femme n'est soumis à aucune condition de temps pour lier le mari et la communauté ;

592. Ni à aucune forme particulière. Le consentement du mari peut même être tacite. La loi elle-même le suppose dans trois cas.

593. 1° Du cas où la femme contracte comme mandataire du mari. Dans ce

cas elle oblige le mari et la communauté sans s'obliger elle-même. Texte de l'art. 1420.

594. Cet article a particulièrement en vue les dettes contractées par la femme dans l'intérêt du ménage et pour l'entretien de la famille. — L'ancienne jurisprudence sur ce point supposait un mandat tacitement donné à la femme par le mari : cette présomption a été confirmée par le Code civil.

595. Mais cette présomption protége-t-elle les actes de la femme alors même que les époux vivent séparés?

596. Du reste, alors que les époux vivent ensemble, le mari ne peut se faire décharger de l'obligation de payer les dettes de la femme, en prouvant qu'il lui a donné de l'argent pour subvenir aux besoins du ménage ou qu'il était absent au moment où les fournitures ont été faites.

597. *Quid* si les dépenses de la femme étaient excessives eu égard aux facultés de la communauté?

598. Dans tous les cas le mari peut, en défendant aux fournisseurs ou aux marchands de traiter à crédit avec sa femme, faire tomber vis-à-vis d'eux la présomption de mandat. — De l'avis par les journaux.

599. Lorsque par une cause quelconque le mari est déchargé, la femme est personnellement tenue de la dette par elle contractée.

600. 2° Du cas où la femme contracte comme marchande publique. Art. 1426.

601. La femme, dans ce cas, s'oblige elle-même en obligeant le mari et la communauté.

602. Mais il faut que l'engagement ait été souscrit par elle pour son négoce. La présomption est toujours en faveur des tiers qui ont contracté avec la femme marchande publique. Néanmoins cette présomption cède devant la preuve contraire.

603. En quoi consiste cette preuve.

604. L'obligation étant reconnue valable, le mari et la communauté en sont tenus aussi bien que la femme pour le tout; mais le mari n'en est pas tenu par corps.

605. 3° Du cas où la femme s'oblige solidairement avec le mari. Texte de l'art. 1431. Dans ce cas, l'obligation de la femme varie suivant qu'il s'agit des rapports de la femme avec les tiers ou avec son mari.

606. Dans ses rapports avec les tiers, la femme est tenue pour la totalité de la dette. Application et limites de la règle.

607. Dans ses rapports avec le mari, la femme n'est tenue que comme caution. — Conséquence.

608. La femme étant considérée comme caution vis-à-vis de son mari, la disposition de l'art. 2032 lui est applicable, en sorte que les biens du mari venant à être vendus, la femme a droit à être colloquée actuellement pour sûreté de l'indemnité qui lui est réservée, encore qu'elle n'ait pas acquitté la dette par elle contractée solidairement, si la dette est exigible. Controverse. — *Quid* si à la dissolution de la communauté la dette n'est pas encore exigible?

609. A défaut d'un consentement soit exprès soit tacite du mari, la femme même autorisée de la justice ne peut pas engager par ses actes les biens de la communauté. — Application de la règle.

610. Suite.

611. Mais cette règle comporte des exceptions. L'art. 1427 en mentionne deux : le cas où la femme s'oblige pour tirer son mari de prison, et celui où elle s'oblige pour l'établissement des enfants communs.
612. L'énumération comprise dans cet article n'est pas limitative.
613. En outre, l'autorisation de justice dont parle cet article n'est que supplétoire à celle du mari.
614. Du cas où la femme autorisée de justice s'oblige pour tirer son mari de prison. — Application.
615. Suite.
616. Suite.
617. L'autorisation doit-elle être accordée lorsque le mari peut obtenir sa liberté par une cession de biens?
618. *Quid* dans le cas où la femme veut se tirer elle-même de prison?
619. *Quid* du cas où elle veut procurer la liberté à un de ses enfants?
620. Du cas où la femme autorisée de justice s'oblige, en l'absence de son mari, pour l'établissement d'un enfant commun.
621. Suite.
622. La disposition de la loi est-elle applicable lorsque le mari est interdit?

585. Le mari est seul administrateur ; d'où suit qu'en thèse générale les actes de la femme ne peuvent lier la communauté s'ils n'ont pas été passés avec le consentement du mari. Tel est le principe posé dans la deuxième disposition de l'art. 1409 ; l'art. 1419 en déduit ensuite les conséquences. Le consentement du mari ne doit pas nécessairement résulter d'un acte exprès ; ce consentement peut être tacite et n'en avoir pas moins pour effet d'habiliter la femme, de lui transmettre le pouvoir de lier la communauté par ses actes (art. 1420, 1426 et 1431).

Mais il faut qu'il y ait consentement du mari : à défaut, la femme, en principe, ne lie pas la communauté par les actes qu'elle fait durant le mariage, et cela quand même le défaut de consentement du mari serait suppléé par l'autorisation de la justice (art. 1426).

Telles sont les règles générales de la matière. Néanmoins, ces règles ne sont pas absolues : elles souffrent, au contraire, en sens divers, des exceptions remarquables. D'une part, en effet, la communauté peut n'être pas tenue d'une obligation contractée par la femme, bien que celle-ci ait agi avec le consentement du mari (art. 1413 et 1432). D'une autre part, bien qu'en principe la femme s'oblige seule lorsqu'elle n'agit que sous l'autorisation de la justice, il est tels cas dans lesquels la femme agissant sous cette autorisation oblige aussi la communauté (art. 1427).

Voilà l'ensemble, l'économie de la loi par rapport aux dettes contractées par la femme durant le mariage : suivons dans les

développements qu'elles comportent et les règles et les exceptions.

586. La femme, privée qu'elle est pendant le mariage de tout droit sur les biens communs, ne peut contracter aucune obligation qui grève ces biens ou qui lie le mari. Seulement on admet, par un sentiment d'équité, virtuellement confirmé d'ailleurs par la loi positive, que la communauté est tenue de la dette jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de l'engagement contracté par la femme. Il ne convient pas, en effet, dans une société formée entre plusieurs personnes, que le fonds commun puisse profiter des avantages attachés à l'acte consenti par l'un des associés, tout en mettant à la charge de cet associé seul les dettes inhérentes à l'acte ou contractées pour arriver à le consommer. Les art. 1433 et 1437 posent des principes qui justifient cette appréciation; et la cour suprême l'a pleinement confirmée dans une espèce où la femme, sans y être aucunement autorisée, avait fait faire un voyage par une tierce personne à l'effet de veiller à ce qu'une succession purement mobilière à elle échue ne fût pas spoliée. La cour de cassation a déclaré que les frais du voyage ayant été reconnus faits pour l'utilité de la communauté à laquelle la succession devait profiter, ces frais devaient être mis à la charge du fonds commun (1).

Mais dès que la communauté n'a aucunement profité de l'acte fait par la femme durant le mariage, le principe subsiste dans toute sa rigueur. Il en a été fait une application remarquable dans une espèce où une femme mariée avait transmis, par la voie de l'endossement, sans autorisation ni mandat de son mari, un billet à ordre appartenant à la communauté. Il a été décidé, dans ce cas, par deux arrêts rendus à la même date, que l'endossement était nul non-seulement à l'égard du cessionnaire immédiat, mais encore à l'égard des cessionnaires postérieurs et du porteur définitif (2). Il importe de faire remarquer qu'en fait il était constant dans l'espèce que les cessionnaires postérieurs et le porteur définitif avaient eu connaissance de l'état de la femme et par conséquent de son incapacité. Non pas que cette circonstance soit importante pour la solution de la première question que le procès présentait à résoudre, celle de savoir si la femme avait pu seule et sans le concours de son mari trans-

(1) V. *Civ. cass.*, 3 février 1830 (aff. Cibois). V. encore dans ce sens Pothier, *De la comm.*, n° 255.

(2) *Req. rej.*, 7 août 1843 (aff. Delachaume, et aff. Bavoux c. d'Ancla).

mettre valablement un effet de la communauté, question radicalement tranchée, abstraction faite de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers, par le principe qui enlève à la femme tout droit sur les biens de la communauté pendant la durée de la société conjugale (1). Mais la circonstance était réellement importante à l'égard des tiers porteurs. En effet, il est constant, en jurisprudence, que le vice d'un endossement n'est pas opposable à celui qui porteur en vertu d'un endossement ultérieur et régulier est reconnu porteur de bonne foi. Il fallait donc, pour faire céder l'autorité de cette jurisprudence, que la bonne foi ne pût pas être alléguée dans l'espèce. Aussi les arrêts cités sont-ils particulièrement fondés sur ce que les endosseurs subséquents et le porteur définitif avaient eu tous connaissance de l'incapacité de la femme, l'endossement donné par celle-ci mentionnant son état de femme mariée.

587. D'ailleurs, en signalant comme non susceptibles de lier la communauté les *actes* de la femme, nous n'entendons pas limiter le sens de cette expression aux obligations résultant de contrats ou de conventions amiables. Le principe de la loi s'étend à tous les actes de la femme quelle qu'en soit la nature. Ainsi, les quasi-contrats, les quasi-délits, et les délits eux-mêmes, sont compris dans la règle. Tel était déjà, sur ce point, le droit des coutumes. « Par exemple, dit Pothier (2), si une femme pendant son mariage a commis quelque délit pour raison duquel elle ait été poursuivie et condamnée en quelque somme d'argent, soit pour amende, soit pour réparation, la communauté qui n'a pas profité du délit ne sera aucunement tenue de cette dette; et comme tous les revenus des biens de la femme appartiennent à la communauté pendant tout le temps qu'elle dure, le créancier ne se pourra faire payer de cette dette sur les biens de la femme qu'après la dissolution de la communauté. » Ces principes ne pouvaient pas manquer d'être admis par le législateur moderne : dès que la communauté n'est pas liée par

(1) Il a été décidé toutefois que les endossements souscrits par la femme pour son mari obligent celui-ci et la communauté, lorsque le mari est illettré et que ses affaires sont faites par la femme, qui d'habitude signe pour lui. Bourges, 24 brum. an IX (aff. Frébault); Angers, 27 février 1819 (aff. Belleuvre). Mais cette décision n'est pas en opposition avec celle de la cour suprême. Il y avait mandat tacite dans les espèces que nous citons ici. Or, nous verrons bientôt que l'autorisation ou le mandat donné par le mari peut avoir tout son effet, bien qu'il ne résulte pas d'un acte exprès.

(2) V. *De la communauté*, n° 236.

les actes licites de la femme, à plus forte raison ne doit-elle pas l'être par les crimes ou par les délits commis par la femme. Aussi, l'art. 1424 confirmant et reproduisant presque textuellement la doctrine de Pothier, déclare-t-il dans sa disposition finale que les amendes encourues par la femme pour crime n'emportant pas mort civile « ne peuvent s'exécuter que sur la nue-propriété de ses biens personnels tant que dure la communauté » (1).

En présence d'une disposition aussi précise, on a quelque peine à comprendre qu'un juge ait pu déclarer un mari civilement responsable de l'amende et des frais auxquels sa femme était condamnée pour fait d'injure ou de diffamation; condamner le mari solidairement au payement de cette amende et de ces frais, et partant lier la communauté, puisqu'en principe on ne peut avoir action contre le mari sans avoir par cela même action contre la communauté. Une telle décision contenait une extension évidente de l'art. 1384, qui n'établit pas la responsabilité dont il s'agit ici; mais en outre elle violait l'art. 1424 qui rejette manifestement le principe de cette responsabilité. Aussi, la décision déférée, dans l'intérêt de la loi, à la censure de la cour suprême a-t-elle été cassée par arrêt du 20 janvier 1825 (2).

Le même arrêt ou du moins le réquisitoire dont cet arrêt adopte les motifs, déclare qu'il y a lieu de faire une exception en vertu de la disposition spéciale du Code rural de 1791, à l'égard des amendes résultant de délits ruraux commis par la femme pendant le mariage. Le mari, en effet, est alors civilement responsable de ces délits; il est également responsable des délits forestiers ou de pêche et des contraventions relatives aux lois sur les contributions indirectes. La communauté peut donc être tenue des condamnations prononcées à raison de ces délits ou de ces contraventions: bien plus, ces condamnations peuvent être exécutées sur les biens personnels du mari; mais alors la femme doit récompense (3).

Au surplus, nous reviendrons sur ce point, et nous traiterons des condamnations prononcées pour crime emportant mort ci-

(1) La cour de Paris a décidé, par application de la règle, que le séquestre autorisé par l'art. 465, C. inst. crim., pendant l'instruction de la contumace, ne peut être mis sur les biens d'une femme mariée en communauté, au préjudice des droits de jouissance et d'administration du mari. Paris, 15 février 1832 (aff. Larochejacquelin).

(2) V. *Cr. cass.*, 20 janvier 1825 (intérêt de la loi, aff. Mercier).

(3) *Conf.* MM. Bellot, t. I, p. 243 et 433; Toullier, t. XII, n° 231; Glandaz, v° *Comm. conj.*, n° 167.

vile (art. 1425), au numéro suivant, en parlant des dettes contractées par le mari.

588. On le voit donc : la femme pour obliger la communauté a besoin, sauf les rares exceptions que nous avons indiquées, du concours ou de l'autorisation de son mari à l'engagement qu'elle contracte. Mais lorsque la femme a contracté avec ce consentement, il n'y a pas à distinguer si l'engagement a été souscrit en réalité par elle dans un intérêt commun ou dans son intérêt personnel. La position est égale pour les créanciers et c'est la plus favorable de toutes, car ils peuvent poursuivre l'exécution de l'obligation non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur les propres de chacun des époux. En effet, aux termes de l'art. 1419 « les créanciers peuvent poursuivre le payement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité due au mari. »

La loi déroge en ce point aux règles du droit commun. Il est de principe, en effet, que celui qui est appelé à autoriser une personne incapable ne contracte personnellement aucune obligation : *qui actor est non se obligat.* D'après cela, l'autorisation du mari aurait pu être considérée comme une nécessité de l'état de dépendance où se trouve la femme, et non point comme un fait susceptible de créer pour le mari une obligation personnelle. Mais s'il en eût été ainsi, si la loi eût suivi en ce point les données fournies par les principes généraux, il serait arrivé souvent que le mari, usant de son influence, aurait fait obliger sa femme pour se procurer les ressources dont il aurait personnellement besoin, laissant par là à la charge de la femme exclusivement le poids d'une obligation contractée cependant dans l'intérêt de la communauté, peut-être même dans l'intérêt personnel du mari. C'est pour prévenir ce danger que le législateur a considéré sous un point de vue tout exceptionnel l'autorisation donnée par le mari à sa femme de conclure telle ou telle opération, de procéder à tel ou tel acte ; il a supposé que l'acte ainsi consenti a eu pour cause l'intérêt commun ou même l'intérêt personnel du mari ; et c'est sur cette présomption essentiellement protectrice pour la femme qu'est fondée la disposition générale qui donne pour gage aux créanciers les biens communs et les biens personnels de chacun des époux.

Du reste, les droits du mari ne sont pas sacrifiés, car, on l'a vu, la loi lui réserve une récompense ou une indemnité. Si donc

la dette étant réellement personnelle à la femme il arrive que le mari, sur une poursuite dirigée contre lui, soit obligé de payer, la femme doit indemniser son mari, si c'est avec ses propres deniers qu'il a payé, ou récompenser la communauté, si le payement a été effectué avec les deniers communs.

589. Néanmoins, en ce point encore, la loi consacre expressément ou virtuellement des exceptions à la règle. De même que la communauté peut exceptionnellement, on l'a vu aux nombres précédents, être liée par la femme sans le consentement du mari, de même aussi, en sens inverse, une obligation quoique contractée par la femme avec l'autorisation du mari, peut laisser la communauté complétement dégagée et n'offrir pour gage aux créanciers que les biens personnels de la femme.

Il en est ainsi de l'obligation de payer les dettes dépendantes d'une succession purement immobilière échue à la femme pendant le mariage et acceptée par elle du consentement de son mari. Dans ce cas, l'art. 1413 ne met expressément à la disposition des créanciers de la succession pour le payement de leurs dettes que les biens personnels de la femme : elle reconnaît donc par cela même que le consentement donné par le mari à l'acceptation de la succession ne le soumet pas à l'action des créanciers. Nous nous sommes occupés déjà de cette première exception ; nous renvoyons le lecteur à nos précédentes observations (1).

L'exception s'applique encore à l'obligation de garantie contractée par la femme dans la vente de l'un de ses propres faite par elle du consentement de son mari. La loi ne consacre pas cette exception d'une manière expresse comme la précédente, mais elle l'admet virtuellement par l'une de ses dispositions : nous voulons parler de l'art. 1432. La loi suppose, dans cet article, que le mari *garantit* solidairement ou autrement la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel, et dans ce cas, elle déclare le mari obligé, puisqu'elle lui accorde son recours contre la femme, soit sur ses biens personnels, soit sur sa part dans la communauté, s'il est inquiété. Le mari n'est donc pas obligé, ni par conséquent la communauté, si, au lieu de *garantir* la vente et de se porter ainsi caution de sa femme, il a simplement *autorisé* cette vente. Car si le mari eût été tenu dans le cas de simple autorisation, il aurait été assurément bien inutile de prévoir le cas de garantie. C'est aussi l'opinion de M. Duran-

(1) V. *suprà*, n. 379.

ton (1). « Si le fait seul que le mari autorise sa femme à vendre un de ses immeubles, dit très-bien cet auteur, le soumettait lui-même à toutes les obligations de la femme envers l'acheteur, il n'était pas besoin de dire, dans l'art. 1432 : le mari *qui garantit solidairement ou autrement la vente faite par sa femme*, a un recours contre elle s'il est inquiété ; il suffisait de dire, et cela eût été beaucoup plus simple : le mari *qui consent à la vente faite par sa femme, ou qui autorise sa femme à vendre*, a un recours contre elle s'il est inquiété. Mais on parle, au contraire, positivement du mari qui a *garanti solidairement ou autrement* la vente faite par sa femme : donc s'il n'a pas *garanti*, il n'est pas *garant*. De plus, dans la plupart des cas, le mari ne voudrait pas autoriser sa femme à vendre, et celle-ci, dès lors, serait obligée de recourir à la justice ; or, les principes voudraient que la jouissance des biens à vendre fût réservée au mari, comme dans le cas de l'article 1413, et l'on sent dès lors combien serait entravée une vente qu'il importe peut-être beaucoup aux époux de faire, et de faire au plus tôt pour payer des dettes, pour établir un enfant, etc., etc. »

Au surplus, ces exceptions s'expliquent à merveille. L'article 1419, on l'a vu, consacre une dérogation au droit commun d'après lequel celui qui autorise une personne incapable ne contracte pas une obligation personnellement. La disposition de l'art. 1413 et l'induction précise qui se tire de l'art. 1432 ne sont, au fond, qu'un retour à ce droit commun dans des hypothèses où l'application exacte du droit commun ne peut avoir aucun danger, et où l'obligation consentie par la femme est si évidemment dans son intérêt personnel, que les tiers n'ont pu se méprendre sur l'autorisation donnée par le mari en y voyant autre chose qu'un moyen d'habiliter la femme et de la rendre capable d'une opération dont son état de femme mariée la rendait personnellement incapable.

590. Par cela même, on aurait compris que le législateur eût placé à côté de l'art. 1419 une disposition générale qui permît de rentrer dans les termes du droit commun toutes les fois que la convention consentie par la femme autorisée de son mari pourrait être considérée d'une manière certaine par les tiers comme ayant exclusivement pour objet l'intérêt personnel de la femme. Mais cette disposition n'a pas été faite : aussi ne saurions-nous adopter l'opinion de quelques auteurs qui généralisant les

(1) V. t. XIV, n° 308. *Adde* M. Odier, t. I, n°s 265, 266.

exceptions dont nous venons de parler, en appliquent la théorie à tous les cas analogues. En cela, ces auteurs, à notre avis, ajoutent à la loi quand ils ne devraient que la commenter; ils se font législateurs au lieu d'être interprètes.

Ainsi, supposons qu'une femme autorisée de son mari fasse un marché avec un architecte pour la réparation de ses propres; dans ce cas, l'architecte pourra poursuivre l'exécution du marché non-seulement sur les biens personnels de la femme, mais encore sur ceux du mari et de la communauté.

Supposons encore que le mari ait autorisé sa femme à soutenir un procès concernant les immeubles propres de cette dernière: dans ce cas aussi les condamnations que le procès entraîne, notamment les condamnations aux dépens, pourront être exécutées non-seulement sur les biens de la femme, mais encore sur ceux du mari ou de la communauté, sauf indemnité ou récompense. Et, à cet égard, nous n'admettons même pas la distinction faite par quelques auteurs (1) entre le cas où le mari se borne à donner son autorisation et celui où il intervient et prend des conclusions directes dans l'intérêt de la femme. Nous croyons que dans les deux hypothèses et non pas seulement dans la deuxième, comme le soutiennent ces auteurs, la communauté et le mari sont obligés, aussi bien que la femme, au payement des condamnations prononcées. Dans les deux hypothèses, en effet, le gain du procès doit profiter au mari, puisque les revenus des immeubles de la femme appartiennent à la communauté : il n'y a donc pas de motif pour distinguer et pour écarter, dans l'une plutôt que dans l'autre, l'application de l'art. 1419 du Code civil (2).

(1) V. MM. Bellot des Minières, t. I, p. 477 et suiv.; Carré, *Lois de la procédure civile*, t. I, quest. 548. Cette doctrine trouve aussi quelque appui dans les motifs d'un arrêt de la cour de Montpellier, en date du 10 floréal an XIII (aff. Trebosc).

(2) L'un des auteurs du présent traité s'est déjà prononcé dans ce sens. V. l'exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure de M. Rodière, t. I, p. 395. Tel est aussi l'avis de MM. Pigeau, liv. II, part. III, ch. V, § 1er; Toullier, t. II, n° 658; Demolombe, t. IV, n° 311, et Chauveau, dans ses annotations sur les Lois de la procédure de Carré. V. les additions à la question 548, citée à la note précédente. Enfin on peut citer à l'appui de la décision la jurisprudence de la cour suprême, de laquelle il résulte que c'est seulement quand il ne peut retirer aucun profit du procès, comme s'il s'agit d'une action intéressant une femme séparée contractuellement, ou bien une femme mariée sous le régime dotal à l'occasion de ses biens paraphernaux, que le mari n'est pas passible des dépens à raison de l'autorisation qu'il a

En résumé donc : dans tous les cas autres que les deux cas spécifiés soit expressément soit d'une manière implicite dans les art. 1413 et 1432, la seule règle à suivre est celle qui résulte des art. 1409-2° et 1419, d'après lesquels le consentement ou l'autorisation donnée par le mari à un acte de sa femme a pour effet d'offrir pour gage aux créanciers les biens personnels de la femme, les biens personnels du mari et les biens de la communauté (1).

591. Le consentement du mari exigé par l'art. 1419 pour que la femme qui s'oblige en vertu de ce consentement puisse engager non-seulement ses biens personnels, mais encore ceux de la communauté et les propres du mari, n'est soumis à aucune condition de temps. En général, ce consentement doit précéder l'engagement de la femme; mais rien ne s'oppose à ce qu'il le suive. Nous ne doutons pas que le consentement du mari venant sur une convention désormais consommée entre la femme et un tiers, ne dût avoir pour effet de rendre applicable la disposition de l'art. 1419.

592. Quant à la forme, le législateur n'en a prescrit non plus aucune. Le consentement du mari peut donc résulter d'un acte authentique ou d'un écrit sous seing privé, même d'une lettre. Seulement c'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier si l'acte ou l'écrit produit contient dans la réalité une approbation donnée par le mari à l'engagement souscrit par sa femme : c'est là une question de fait dont la solution souveraine doit être abandonnée à la sagesse des juges du fond.

Le consentement du mari n'a même pas besoin d'être exprès; il peut être tacite. La loi elle-même le suppose dans trois circonstances : nous voulons parler du cas où la femme s'oblige comme mandataire du mari (art. 1420), de celui où elle contracte comme marchande publique (art. 1426), et de celui enfin où elle s'oblige solidairement avec son mari (art. 1431). Mais il convient de s'arrêter à ces divers cas dont chacun donne lieu à des observations particulières.

donnée. V. *Civ. cass.*, 24 vendémiaire an VII (aff. Bourses et Lasméjus). *Req. rej.*, 6 novembre 1827 (aff. Virot), et 21 février 1832 (aff. Hérand).

(1) On peut consulter à cet égard la collection nouvelle de M. Devilleneuve à l'arrêt déjà cité de la cour de Montpellier, du 10 floréal an III. Sur le point qui nous occupe ici, et en général sur tous ceux qu'il a touchés, l'auteur présente avec une netteté et une précision remarquables le résumé de la doctrine et de la jurisprudence.

593. En principe, le mandataire, dans notre droit, oblige le mandant sans s'obliger lui-même (C. civ. art. 1984, 1998). La loi fait une application spéciale de ce principe, ou plutôt elle le reproduit expressément lorsque supposant le cas d'un mandat donné par le mari à sa femme, elle dit dans l'art. 1420 : « Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari, est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le payement ni contre la femme, ni sur ses biens personnels. » La femme n'est donc pas personnellement engagée quand elle agit comme mandataire ; ce n'est pas en son nom qu'elle stipule, c'est en celui de son mari : il est juste dès lors que ce dernier et partant la communauté soient tenus des obligations résultant du mandat.

Disons plus : la femme ne doit pas même être tenue envers le mari comme le serait un mandataire ordinaire ; car lui imposer la responsabilité des fautes par elle commises dans l'accomplissement du mandat, ce serait, dans bien des cas, fournir au mari le moyen à peu près assuré de se décharger des obligations auxquelles il est tenu en sa qualité d'administrateur de la communauté. Néanmoins, ce point doit être entendu avec une certaine réserve. S'il y avait fraude ou délit de la part de la femme, et non pas faute seulement, par exemple si la femme avait retenu frauduleusement tout ou partie des objets confiés à son administration partielle, nous ne faisons pas de doute qu'elle ne dût en indemniser le mari : il y aurait dol personnel, et nous n'apercevons pas sous quel prétexte la femme en pourrait décliner la responsabilité.

594. Le mandat peut être donné verbalement ou par écrit ; il n'a pas besoin d'être exprès (art. 1985). L'art. 1420 ne prescrivant rien quant à la forme de la procuration qu'il suppose donnée par le mari à sa femme, les règles générales du mandat sont applicables à cet égard : en ce sens, nous avons pu dire que cet article confirme virtuellement l'idée que la communauté peut être liée par un acte de la femme auquel le mari n'a donné qu'un consentement tacite.

Il y a plus : l'art. 1420, dont la disposition, il faut le dire, serait tout à fait inutile si elle avait eu pour but seulement de reproduire un principe certain en matière de mandat, l'art. 1420 a eu principalement en vue, selon nous, les dettes contractées par la femme en vertu d'un mandat qui, par la force même des choses, est tacite de la part du mari : nous voulons parler des dettes contractées par la femme dans l'intérêt du ménage et

pour l'entretien de la famille, dettes dont il convient maintenant de s'occuper.

Sur ce point, l'ancienne jurisprudence française avait des principes parfaitement arrêtés. Elle avait admis une exception à la règle générale sur l'autorisation du mari, pour la validité des actes de la femme, à l'égard des fournitures et des ouvrages faits sur la demande de la femme pour les besoins du ménage et de la famille, et à l'égard des arrêtés de comptes et des engagements faits par la femme à cette occasion, sans le concours du mari. La tendance générale des parlements était de déclarer ces arrêtés de comptes et ces engagements valables et obligatoires pour le mari quoiqu'il ne les eût pas signés, pourvu qu'il n'y eût pas de fraude de la part des ouvriers et des marchands et que les ouvrages ou les fournitures ne fussent point excessifs, eu égard à la fortune et à la condition des époux. Ce serait s'étendre en pure perte que de rapporter ici les décisions nombreuses consacrant cette doctrine (1), qui était aussi celle de la plupart des auteurs depuis Dumoulin jusqu'à Pothier (2). Lebrun la justifiait en ces termes : « ..... Tant qu'il n'y a pas preuve de mauvais usage, on condamne le mari à acquitter les parties de marchands qui ont avancé des choses nécessaires pour la subsistance et l'entretien du ménage, *la femme étant réputée procuratrice pour telles emplettes;* autrement le mari abuserait lui-même du crédit qu'il procure à sa femme » (3). Et le président de Lamoignon avait proposé d'ériger cette doctrine en loi dans ses arrêtés où on lit : « Obligation de la femme faite sans l'autorité du mari pour le délivrer de prison, de victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises de drap, linge et autres étoffes servant à l'usage nécessaire et ordinaire, est valable » (4).

D'ailleurs, il faut le reconnaître, l'exception était commandée par la force même des choses. Sans doute, le mari seul est administrateur de la communauté ; voilà le principe dans toute sa

(1) M. Toullier a rapporté les plus remarquables. V. t. XII, n° 264.

(2) V. Dumoulin sur les art. 112 et 114 de l'*Anc. Cout. de Paris*, n° 3; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, observ. 19, n° 92; Ferrière sur l'art. 223 de la *Cout. de Paris*, glos. 2, n° 72; Valin sur l'art. 23 de la *Cout. de la Rochelle*, n^os^ 11 et suiv.; Duparc Poullain, *Comm. sur la cout. de Bretagne*, art. 448, t. III, p. 193-194; Lebrun, *Tr. de la communauté*, liv. II, ch. II, sect. II, n° 6; Pothier, *ibid.*, n° 574.

(3) V. *loc. cit.* à la note précédente.

(4) V. Arrêtés, titre *De la communauté de biens entre mary et femme*, article 69.

rigueur. Mais dans l'application, les difficultés se présentaient en foule. Fallait-il que le mari donnât ses soins aux plus infimes détails du ménage? Fallait-il que la femme se munît, même pour la plus légère acquisition, d'une procuration en forme? Tout cela était assurément impossible. Il était donc rigoureusement nécessaire d'apporter un tempérament à la rigueur du principe en divisant dans l'intérêt même de la famille l'administration des affaires domestiques, et en laissant à la femme les soins de l'intérieur; soins de chaque jour bien importants, sans doute, et qui ne sauraient être négligés sans compromettre la prospérité du ménage. Le chef de la famille, à supposer même qu'il en fût toujours capable, ne pourrait s'occuper des détails intérieurs de la maison sans se détourner, au préjudice de tous, des affaires inhérentes à son commerce, à son industrie ou à sa profession. Voilà dans quelle pensée l'ancienne jurisprudence supposait l'existence d'un mandat de la part du mari, et partant considérait comme valables et obligatoires pour ce dernier les actes de la femme relatifs à la partie naturellement confiée à ses soins dans les affaires du ménage.

Les auteurs modernes sont généralement d'avis que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu s'écarter d'une jurisprudence aussi raisonnable (1); et la jurisprudence reconnaît également qu'aujourd'hui, comme autrefois, le mari, en laissant sa femme pourvoir librement aux besoins du ménage, acheter toutes les choses nécessaires à la famille, régler les mémoires, souscrire des billets ou des reconnaissances, est présumé lui avoir donné mandat de le représenter dans tous ces actes (2). Nous approuvons cette appréciation, puisque selon nous, loin d'avoir dérogé aux anciens principes, les rédacteurs du Code ont dû avoir particulièrement en vue de les confirmer par l'art. 1420, dont la disposition sans cela serait surabondante et inutile.

Concluons donc que le mari et partant la communauté sont tenus des dettes contractées par la femme dans le cercle des attributions dont il s'agit ici, d'autant plus que les engagements d'où ces dettes procèdent ne sont, au fond, que l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi au mari (art. 214). La

(1) V. MM. Merlin, v° *Autorisation maritale*, § 7; Toullier, t. XII, n°s 261 et suiv.; Duranton, t. XIV, n° 250; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n° 335; Bellot, t. I, p. 247; Dalloz, t. X, p. 202, n° 20; Odier, t. I, n° 251.

(2) V. *Civ. rej.*, 14 février 1826 (aff. Caubotte). V. aussi Rouen, 27 décembre 1809; Rennes, 11 et 30 décembre 1813; 21 janvier 1814.

femme elle-même n'en saurait être tenue ; en sorte que s'il est dû quelque chose à la dissolution de la communauté, les fournisseurs et les marchands n'ont pas d'action contre elle personnellement, mais contre le mari, à moins qu'elle n'ait accepté la communauté, auquel cas elle doit supporter la moitié des dettes en sa qualité de commune.

595. Mais la présomption de mandat doit-elle protéger les actes de la femme et engager la responsabilité du mari, lors même qu'ils vivent l'un et l'autre dans des domiciles séparés? Le doute provient ici de ce que la présomption qui s'induit de la vie commune lorsque les époux sont réunis peut être contestée quand la femme s'est éloignée du domicile conjugal et s'est mise ainsi en contravention avec la disposition de l'art. 214 : on peut supposer alors que les dépenses ont été faites par la femme dans son seul intérêt. Tel est l'avis de M. Toullier (1), et l'ancienne jurisprudence fournit des décisions entièrement conformes (2).

Cependant nous ne pensons pas que la solution doive être admise en thèse générale. Nous l'admettons sans difficulté si la séparation des époux provient de la résistance de la femme. Les tribunaux ne pourraient, sans danger, considérer comme dettes de la communauté les dépenses faites par la femme pour son entretien, lorsque celle-ci persiste à rester absente du domicile conjugal : la femme, dans ce cas, se place en dehors des règles du droit commun : comment pourrait-elle prétendre au bénéfice de ces règles? La bonne foi des tiers n'offrirait même pas une considération suffisante, car cette bonne foi ne doit pas priver le mari du droit qu'il a de refuser des aliments à sa femme pour la forcer à réintégrer le domicile conjugal (3). Mais si la séparation des époux est volontaire de leur part, si elle est approuvée ou tolérée par le mari, celui-ci ne saurait prétendre qu'il ne doit pas contribuer aux dépenses faites par la femme pour son entretien, alors d'ailleurs que ces dépenses n'ont rien d'exagéré,

(1) V. t. XII, n° 272. V. dans le même sens M. Dalloz aîné, *Rép.*, t. X, p. 202, n° 21.

(2) V. les arrêts rapportés dans le Nouveau Denisart, v° *Autorisation*, § 2, n° 51.

(3) Nous considérons aussi comme parfaitement juste un arrêt duquel il résulte que la femme qui pendant l'instance en divorce a été autorisée à quitter le domicile conjugal, ne peut obliger la communauté à raison du loyer de la maison qui lui a été indiquée par le juge, si la provision alimentaire qu'elle a obtenue la met à même de se loger à ses dépens. V. Bruxelles, 27 mai 1819 (aff. Impens).

eu égard aux facultés de la communauté. L'entretien de la femme est une charge du mari tant qu'une séparation judiciaire n'a pas rompu les conventions matrimoniales ; le mari ne peut donc, tant que ces conventions subsistent, s'affranchir de cette obligation. La cour de cassation s'est expressément prononcée en ce sens (1). A la vérité, dans l'espèce, le mari jouissait de tous les revenus de la femme ; mais cette circonstance n'a été invoquée par la cour que comme une considération de plus à l'appui d'une solution qu'elle a consacrée en principe.

A plus forte raison en doit-il être de même si les époux vivent séparés par le motif que le mari refuse de recevoir sa femme dans le domicile conjugal. La cour de cassation a également décidé que le mari dans ce cas est tenu d'acquitter les dépenses faites par la femme pour son entretien, lorsque ces dépenses n'excèdent ni ses besoins, ni l'état de fortune du mari ; et qu'il ne peut se dispenser de les acquitter sous le prétexte que les dépenses n'ont été autorisées ni par lui, ni par la justice, et n'ont pas été précédées de la demande d'une pension alimentaire (2).

596. Alors même que les époux vivent ensemble, le mari ne peut se faire décharger de l'obligation de payer les dettes contractées par sa femme pour les besoins domestiques, ni en justifiant qu'il lui a toujours donné de l'argent pour subvenir à ces besoins (3), ni en prouvant qu'il était absent au moment où les fournitures ont été faites (4). D'une part, en effet, les arrangements faits entre la femme et le mari ne sont pas opposables aux tiers : d'une autre part, si en l'absence du mari la femme ne pouvait s'obliger pour les objets relatifs au ménage, il arriverait peut-être qu'elle et ses enfants manqueraient des choses même les plus nécessaires à la vie.

597. Ce n'est pas à dire cependant que la présomption de mandat doive avoir pour effet de valider toujours les actes de la femme ou de les rendre obligatoires d'une manière absolue pour le mari. Le principe ne serait assurément pas applicable au cas

(1) V. *Req. rej.*, 13 février 1844 (aff. de la Planche).

(2) V. *Req. rej.*, 28 décembre 1830 (aff. de Kenny). V. *Conf.* Bordeaux, 8 juin 1839 (aff. Paulet).

(3) V. MM. Toullier, t. XII, n° 271 ; Dalloz, t. X, p. 202, n° 20 ; Glandaz, n° 179.

(4) La cour de Bordeaux a jugé dans ce sens que la location faite par la femme en l'absence du mari d'un logement nécessaire à celui-ci oblige personnellement le mari. Arrêt du 29 mai 1838 (aff. Laborde). V. aussi Paris, 1er mai 1828 (aff. Tilly).

de fraude, si toutefois le marchand ou le fournisseur avait participé à la fraude, ni au cas où il y aurait excès dans les dépenses, eu égard à l'état et à la fortune des époux. Déjà, dans les anciens principes, on admettait que la femme ne pouvait, par des emplettes de denrées, charger la communauté de dépenses superflues. D'Argentrée (1), notamment, s'en expliquait en ces termes : « *Nam et si ex conditione personæ, nihil ultra modum factum mercator causaretur; tamen nec modi arbitrium in potestate alterius esse debet, quam mariti, si præsens est, nec obsequendum est fœminæ alienæ potestati subjectæ ut maritum inscium, et ex eo nolentem obliget, et oneret rem familiarem sumptibus non necessariis, et fortassè aliundè ingratis. Nam ut si elegantes calcei pedem lædunt: nescitur quâ in parte. Quare negotiatoribus prædico ista ne faciant.* » De nos jours, on peut encore avertir les fournisseurs et les marchands, *ne ista faciant*. Il est certain, en effet, qu'en cas d'excès, le mari serait fondé, sinon toujours à faire annuler leurs conventions avec sa femme, au moins à faire réduire le chiffre de la dette.

598. En terminant, sur ce point, remarquons que le mari peut, dans tous les cas, faire tomber, vis-à-vis des marchands ou des fournisseurs habituels de la maison, la présomption de mandat par suite de laquelle il est personnellement obligé par sa femme à l'occasion des actes dont il s'agit ici. Le mari n'a qu'à dénoncer à ces marchands de ne point vendre à crédit. Si malgré cette dénonciation, sur la réalité de laquelle le mari, comme l'enseigne M. Toullier, peut, en cas de contestation, être cru à son serment, les marchands continuaient à faire des fournitures à crédit, ils n'auraient aucune action contre le mari ni contre la communauté.

Cependant il peut arriver que précisément par suite de cette défense faite aux marchands et aux fournisseurs ordinaires de la maison, la femme s'adresse à d'autres marchands ou à d'autres fournisseurs qui, n'étant pas avertis, traitent sans difficulté avec la femme sur la foi de ce mandat tacite qui, à leurs yeux, doit assurer leurs marchés. Chacun se souvient peut-être d'avoir lu dans les journaux des avertissements donnés par des maris aux marchands en général, avertissements qui n'avaient probablement pour but que de déjouer les combinaisons de leurs femmes. Quel serait dans ce cas le parti à prendre ? Nous ne croyons pas, quant à nous, que l'avertissement par la voie des journaux suffise

(1) V. sur l'art. 424, gl. 2.

toujours à lui seul pour décharger le mari et la communauté. Ces sortes d'avertissements, qui peuvent défrayer plus ou moins la malignité publique, n'arrivent pas toujours sûrement aux personnes qu'ils intéressent particulièrement, et à moins que le marchand soit l'abonné du journal qui a reçu l'annonce, nous ne voyons pas comment il pourrait être prouvé que ce marchand en a eu connaissance. La solution dépend donc des circonstances. Les marchands ont-ils connu ou non l'état de femme mariée de la personne à laquelle ils ont vendu à crédit ? Ont-ils ou non dépassé dans le crédit par eux fait les bornes que la prudence même impose, etc. ? Ce sont autant de circonstances que les juges devront apprécier dans leur sagesse et prendre en considération pour décider si la communauté et le mari sont ou non obligés.

599. D'ailleurs, dans tous les cas où par une cause quelconque le mari doit être déchargé de l'obligation contractée par sa femme, celle-ci en est personnellement tenue. Elle ne s'oblige pas elle-même, quand les marchands et les fournisseurs ont pour gage les biens du mari et ceux de la communauté, parce qu'alors la femme est mandataire de son mari, et en principe le mandataire oblige le mandant sans s'obliger lui-même. Mais lorsque la femme n'a pas cette qualité de mandataire, et il en est ainsi toutes les fois qu'un motif quelconque doit faire décharger le mari, les marchands ont sans contredit contre elle l'action de *in rem verso*. Elle a profité de ses acquisitions ; elle doit tenir compte du prix.

600. Le second cas où le consentement du mari aux actes de la femme est tacite et présumé, est celui où la femme contracte comme marchande publique. L'art. 1426 dispose à cet égard que « 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. » Seulement la loi manque d'exactitude lorsqu'elle présente cette hypothèse comme une exception au principe d'après lequel les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent pas les biens de la communauté. L'hypothèse rentre très-bien sous l'empire de la règle ; car aux termes de l'art. 4 du Code de commerce, la femme ne peut être marchande publique sans le consentement exprès ou tacite de son mari. Il est donc vrai de dire que lorsque le mari a permis, soit d'une manière expresse, soit en le tolérant, que sa femme se livrât à la profession du com-

merce, tout acte ou toute obligation qui a pour cause un fait de commerce est en réalité contracté avec le consentement du mari comme rentrant implicitement dans l'autorisation générale de faire le commerce. C'est ce que Pothier explique très-bien en ces termes : « Les dettes que la femme a contractées pour raison d'un commerce qu'elle exerce au vu et au su de son mari, sont pareillement dettes de la communauté, quoique son mari ne l'ait pas expressément autorisée pour les contracter : car le mari ayant donné, au moins tacitement, son consentement au commerce que sa femme exerce, il est censé avoir donné tacitement son consentement aux dettes que la femme a contractées pour raison de ce commerce dont elles sont une suite nécessaire. »

Que si la femme s'est livrée au commerce à l'insu de son mari, par exemple pendant qu'il était absent, les obligations par elle contractées à raison de ce commerce ne peuvent engager ni les biens du mari ni ceux de la communauté. L'autorisation générale manque dans ce cas; et la femme rentre par cela même sous l'empire de la règle générale qui la rend incapable d'engager les biens de la communauté sans le consentement au moins tacite de son mari.

Maintenant dans quels cas la femme est-elle réputée avoir agi comme marchande publique? Quelle est l'étendue de ses pouvoirs? Quels sont les effets des actes par elle faits en cette qualité? Voilà les points principaux auxquels il faut s'arrêter.

601. La femme qui fait la profession de marchande publique n'est pas en cela mandataire de son mari; elle exerce une industrie à part et tend à se procurer des bénéfices destinés, par leur nature même, à grossir l'actif de la communauté. Par cela même, il est de toute justice que le mari auquel ces bénéfices doivent profiter participe aux engagements de la femme et supporte sa part des dettes; mais il convient aussi que la femme qui agit ici en son nom soit personnellement obligée, à la différence du cas précédent, où la femme est simple mandataire. Aussi l'art. 220 du Code civil porte-t-il : « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux... » Ainsi toutes les fois que la femme a obtenu l'autorisation générale de faire le commerce, et à défaut d'une autorisation expresse toutes les fois que la femme donne ses soins à un négoce au vu et au su de son mari, tout acte fait par elle dans l'intérêt de ce négoce engage la femme, le mari et la communauté.

Il n'en faut pas conclure cependant que tout acte de commerce fait par la femme au vu et au su de son mari produise nécessairement cet effet. L'art. 220 lui-même fait, dans sa seconde disposition, une précision remarquable. La femme, y est-il dit, « n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé. » La condition nécessaire pour que l'acte fait par la femme engage à la fois la femme et le mari, est que cet acte procède de la femme ayant elle-même un commerce séparé : alors seulement la femme a la qualité de marchande publique (1). En effet, si le mari est lui-même commerçant, ce n'est pas la femme qui fait le commerce : et si elle aide son mari, si elle se tient dans le comptoir pour vendre la marchandise, si même elle conclut des marchés, signe des factures ou des billets, ou fait tous autres actes que le mari est dans l'habitude de lui permettre, ce n'est pas elle qui contracte ; elle prête seulement son ministère à son mari, qui est censé, lui, contracter par son intermédiaire. « Elle est, en cela, dit très-justement Pothier (2), semblable à un facteur ou à une fille de boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur maître, ne sont pas censés contracter en leur nom, et ne s'obligent pas, mais obligent leur maître, qui est censé faire lui-même par leur ministère les contrats qu'ils font pour lui et qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministère » (3).

(1) Par commerce *séparé*, nous entendons un commerce distinct de celui du mari, ce commerce fût-il d'ailleurs identique par sa nature à celui du mari. Pothier, *De la puissance du mari*, n° 20, paraît sur ce point d'un avis contraire. « Pour qu'une femme soit marchande publique, dit-il, il faut qu'elle fasse publiquement un commerce dont son mari ne se mêle pas, soit que son mari n'en fasse aucun, soit *qu'il en fasse un différent de celui de sa femme.* » Et il faut reconnaître que l'art. 235 de la *Coutume de Paris* était rédigé dans le sens de cette solution : « La femme, disait cet article, n'est réputée marchande publique, pour débiter des marchandises dont son mari se mêle ; mais elle est réputée marchande publique, quand elle fait marchandise séparée *et autre que celle de son mari.* » Mais ni le Code civil, ni le Code de commerce n'ont fait cette précision : ils parlent l'un et l'autre d'un commerce *séparé* seulement, et par là ils semblent désigner seulement une séparation d'intérêts. V. *Conf.* M. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. IV, n° 200.

(2) V. *Tr. de la puissance du mari*, n° 20.

(3) La cour de cassation a fait l'application de cette règle même dans un cas où la femme faisait, dans le domicile conjugal, un commerce de détail distinct de celui de son mari, mais dans une espèce où le mari après avoir interdit formellement ce commerce en avait cependant toléré la continuation. La

En tous cas, il n'est pas nécessaire que la femme tienne boutique ouverte, ni qu'elle ait un comptoir ou une enseigne, pour être marchande publique; il suffit qu'elle exerce des actes de commerce et qu'elle en fasse sa profession habituelle : tel est le droit commun d'après l'art. 1 du Code de commerce ; il n'y a pas de motif pour soustraire la femme à son empire.

602. La capacité de la femme marchande publique est fort étendue. Elle peut faire valablement tous les contrats qui dépendent de son commerce, tels que ventes et achats de marchandises, achats des ustensiles, louages des ouvriers et ouvrières qu'elle emploie pour son commerce, lettres de change qu'elle donne, accepte ou endosse. Elle peut même engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles (C. com., art. 7). L'utilité du commerce et la nécessité, a dit Pothier, ont fait dispenser la marchande publique de l'autorisation pour ces actes, cette femme n'ayant pas toujours son mari à ses côtés qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels souvent ne souffrent pas de retardement. Mais du moins faut-il pour que la femme puisse s'obliger ainsi sans une autorisation nouvelle et spéciale, et partant pour qu'elle puisse obliger le mari et la communauté, que l'acte soit consenti par la femme *pour ce qui concerne son négoce.* Hors de là, les obligations souscrites par la femme restent sous l'empire de la règle générale. Il est dès lors fort important de distinguer les obligations de la femme relatives à son commerce de celles étrangères à ce commerce.

Comment faire cette distinction ? C'est là une question de fait et d'appréciation. Mais sur qui retombe l'obligation de faire la preuve sur laquelle les juges doivent prononcer? Est-ce aux créanciers à prouver que l'obligation souscrite par la femme concernait son négoce ? Est-ce au mari contre lequel est dirigée l'action des créanciers à établir que l'obligation est étrangère au commerce de la femme ? La question est sans difficulté lorsque les actes faits par la femme sont commerciaux par leur nature et supposent par leur forme même une cause commerciale. Ainsi, il ne paraît pas douteux que la femme qui souscrit des lettres de change ou des billets à ordre, ne doive être présumée s'obliger pour son commerce. La présomption, dans ce cas, est donc en faveur des créanciers, à moins que les actes ne

cour a décidé que la tolérance du mari devait faire considérer la femme comme son mandataire et partant comme capable d'obliger par ses actes les biens de la communauté. *Req. rej.*, 1er mars 1826 (aff. Lyndec).

mentionnent une cause étrangère au négoce, au commerce ; et partant c'est au mari, s'il était poursuivi sur ses biens ou sur ceux de la communauté, qu'incomberait la charge de détruire cette présomption par la preuve contraire.

Pareillement, la question n'offre pas de difficulté lorsque l'acte consenti par la femme exclut par lui-même toute idée qu'il se rattache au commerce, par exemple si la femme a fait une donation ou accepté une succession. Le mari poursuivi n'aurait dans ce cas aucune preuve à faire. Le droit commun le protége; la femme ne peut, sans le consentement du mari, engager ni les biens personnels de ce dernier, ni ceux de la communauté.

Mais la question est controversée lorsqu'il s'agit d'un emprunt ou d'une aliénation, et que l'acte souscrit par la femme est authentique, ou même sous seing privé mais en la forme ordinaire.

Les auteurs sont d'accord dans le cas où la cause commerciale est exprimée dans l'acte ; ils admettent alors que la présomption est en faveur des tiers. Mais ils se divisent dans le cas où la cause n'est pas exprimée.

Les uns enseignent d'une manière absolue que dans tous les cas, même dans celui de simple billet, c'est au tiers à prouver que l'affaire concernait le négoce de la femme, l'affaire, c'est-à-dire l'hypothèque, l'aliénation ou l'emprunt. Dans ce système, on prétend que celui qui demande la nullité de l'acte est protégé par la règle générale, puisque c'est seulement par exception que la femme marchande peut contracter sans une autorisation spéciale de son mari; et l'on dit que la charge de prouver doit nécessairement retomber sur celui qui n'a pour lui que le droit exceptionnel. En outre, on écarte, quant aux simples billets, l'autorité de l'art. 638 du Code de commerce, d'après lequel « les billets souscrits par un négociant sont censés faits pour son commerce, » en soutenant que cet article a eu seulement pour objet de déterminer le caractère de l'obligation, de la déclarer commerciale lorsqu'elle émane d'un négociant, et partant que ce serait l'étendre et la détourner de son objet que de l'appliquer dans l'hypothèse où il s'agit de savoir non pas si l'obligation est civile ou commerciale, mais uniquement si elle est nulle ou valable (1).

D'autres, moins absolus, admettent que la disposition de l'article 638 est applicable à la femme marchande publique, et par-

(1) V. en ce sens MM. Pardessus, t. I, nos 62 et 71; Massé, *Dr. comm.*, t. III, nos 93 et 175.

tant que lorsque l'obligation est constatée par un simple billet, la présomption est en faveur des créanciers ; mais d'après ces auteurs, la présomption est en faveur du mari quand il s'agit d'une aliénation ou même d'un emprunt fait par acte notarié. Dans ce système on dit que l'usage n'est pas de souscrire des obligations commerciales devant notaire, et que l'emploi d'un acte notarié indique que les parties peuvent prendre leur temps et laisser à la femme celui d'obtenir une autorisation spéciale (1).

Enfin, il en est qui adoptent la solution précédente, sauf en ce qui concerne les aliénations consenties par la femme. Dans ce système, la présomption est en faveur du créancier si l'obligation est constatée par un simple billet; elle est, au contraire, en faveur du mari si l'obligation a eu pour objet un emprunt et qu'elle ait été faite par acte notarié : mais si l'obligation a eu pour objet l'aliénation par la femme de l'un de ses immeubles, la présomption est en faveur de l'acquéreur. Pourquoi cela? Parce que l'art. 7 permet à la femme de vendre ses immeubles et « que la vente étant faite pour se procurer de l'argent, l'acheteur doit être présumé croire que la femme veut employer cet argent dans son commerce » (2).

MM. Bellot et Toullier ont relevé avec raison, à notre avis, la contradiction qui existe dans ce dernier système. En effet, si l'art. 7 du Code de commerce a permis à la femme marchande publique de vendre ses immeubles, il lui a également permis de les hypothéquer et partant d'emprunter. Donc si la femme doit être présumée avoir fait la vente dans l'intérêt de son négoce, alors même que l'acte de vente n'indique ni la cause, ni la destination des deniers reçus par le vendeur, il n'y a pas de motif pour supposer le contraire lorsqu'il s'agit d'un acte d'emprunt : la raison de décider est la même, puisque encore une fois l'article 7 du Code de commerce permet à la femme marchande publique d'emprunter aussi bien que de vendre.

La présomption est donc, à notre avis, la même dans tous les cas ; et cette présomption, lorsque l'acte qu'on oppose au mari n'indique pas la destination des deniers, est que l'opération a été faite par la femme dans l'intérêt de son négoce. S'il s'agit d'une opération constatée par un simple billet, cela n'est pas

(1) V. MM. Bellot des Minières, t. I, p. 262 et suiv. ; Toullier, t. XII, nos 250 et 251 ; Marcadé, 3e édit., sur l'art. 220, no 3 (t. I, p. 590-591).

(2) V. M. Duranton, t. XIV, nos 253-254 ; et *Traité des obligations*, t. I, no 238.

contestable en présence de l'art. 638 du Code de commerce. Vainement on oppose, dans le premier système ci-dessus exposé, que la disposition de cet article s'applique seulement au commerçant dont la capacité est entière et où il s'agit seulement de savoir si ce commerçant a fait un acte de commerce. La raison de décider est que la rédaction de cet article est générale. Elle parle des billets souscrits par un *commerçant* ; or, la femme est commerçante ; l'art. 638 lui est donc applicable. S'il lui est applicable, il valide l'obligation consentie par elle et constatée par un billet, ou du moins il la suppose valable jusqu'à preuve contraire par cela seul qu'il la répute faite dans l'intérêt du commerce.

Quant aux obligations notariées constatant de la part de la femme, soit des emprunts, soit des aliénations, il est vrai qu'il n'y a pas un texte précis comme celui de l'art. 638 du Code de commerce. Toutefois, la femme marchande publique a été habilitée, par l'art. 7 du Code de commerce, à s'obliger, à hypothéquer et à aliéner ses immeubles sans autorisation nouvelle. Cette concession lui a été faite précisément en vue de son commerce (1). Il faut donc ne pas la soumettre à des conditions qui la rendraient véritablement illusoire. Or, dit très-bien M. Demolombe, telle serait l'obligation qu'on imposerait aux tiers acquéreurs ou prêteurs, de prouver que l'obligation notariée ou la vente consentie par la femme a eu pour cause son commerce. Comment pourraient-ils le savoir, s'en assurer, en obtenir surtout cette preuve que plus tard ils seraient tenus de fournir? Faudra-t-il que la femme leur montre ses livres, sa correspondance, sa caisse ? Ce serait lui rendre tout commerce impossible.

Concluons donc qu'en toute circonstance, la femme marchande publique, soit qu'elle emprunte, soit qu'elle engage ses

(1) L'expression *également* que l'on trouve dans l'art. 7 en limite en effet la portée. Cet article se réfère à l'art. 5, dans lequel il est dit que « la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger *pour ce qui concerne son négoce...* » En sorte que lorsque l'art. 7 dit ensuite que « les femmes marchandes publiques peuvent *également* engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles, » cet article réserve à la femme marchande publique une faculté seulement pour le cas où l'intérêt de son commerce en rendrait l'exercice nécessaire. Cependant la cour de cassation est allée jusqu'à considérer comme valablement faite sans une autorisation nouvelle la vente, par une femme marchande publique, d'un immeuble *moyennant une rente viagère. Req. rej.*, 8 sept. 1814 (Montanier c. Basset). Nous ne croyons pas que l'on puisse aller jusque-là. V. cependant la note qui accompagne cet arrêt dans la collection nouvelle de M. Devilleneuve.

immeubles ou les hypothèque, soit qu'elle les aliène, est réputée agir pour son commerce (1) ; et ajoutons que ce système ne présente réellement aucun inconvénient dès que l'on reconnaît qu'il suffirait toujours d'une simple déclaration dans l'acte de la cause de l'obligation et de la destination des deniers pour attribuer à cet acte toute sa force obligatoire. En tout état de choses, cette déclaration est tellement facile à obtenir, que si, lorsqu'elle est faite, la présomption peut sans inconvénient être mise du côté des tiers, il n'y a pas d'inconvénient non plus à la laisser encore de ce côté même quand la déclaration n'a pas été faite.

603. C'est donc au mari, à la femme ou à tout autre qui demanderait la nullité de l'acte souscrit par la femme marchande publique, qu'incomberait l'obligation de faire la preuve. Mais quelle preuve ? D'après quelques auteurs, cette preuve consisterait uniquement à établir que l'acte souscrit par la femme n'était pas relatif à son commerce (2). Cette preuve, à notre avis, ne serait pas suffisante. La présomption établie en faveur des tiers n'aurait réellement pas de valeur si elle pouvait être détruite par des moyens que ces tiers n'auraient pas pu d'abord supposer, et nous avons vu déjà que les tiers en traitant avec la femme ne peuvent pas savoir si la femme a traité ou non en vue de son commerce et pour en faciliter les opérations. Il faut donc établir que les tiers ont été de mauvaise foi, c'est-à-dire non-seulement que l'acte n'a pas été souscrit par la femme pour son commerce, mais encore que le tiers savait que les deniers reçus par la femme n'étaient pas destinés à être employés pour ce négoce. Que si le tiers a pu légitimement croire que la femme agissait dans l'intérêt de son commerce, peu importe qu'en fait elle ait agi dans un autre intérêt. Elle avait toute capacité pour agir ; les tiers ne sont pas responsables de l'abus par elle fait de sa capacité : l'emploi des fonds n'exerce aucune influence sur le sort de leur convention, par la raison toute simple qu'ils ne tiennent de la loi ni le droit, ni le devoir de surveiller cet emploi (3). D'après cela, nous supposons que l'acte souscrit par la femme mentionne comme cause les besoins de son commerce, le mari, pour se dégager de son obligation et

(1) V. *Conf.* MM. Valette dans ses notes sur Proudhon, t. I, p. 460, à la note *a*, n° 2; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. IV, n° 301; Zachariæ, t. III, p. 335, note 47.

(2) V. MM. Toullier, t. XII, n°s 249 et 250; Duranton, t. XIV, n° 353, et *Tr. des contrats*, t. I, n° 237.

(3) V. *Conf.* MM. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*

pour dégager la communauté, doit prouver non-seulement, comme le disent MM. Toullier et Duranton, que la déclaration est fausse, mais encore que le tiers savait, en traitant avec la femme, que cette déclaration était mensongère. Supposons que l'acte ne mentionne aucune expression de cause, il n'en conserve pas moins sa force obligatoire si le mari ne prouve pas non-seulement que l'acte n'a pas eu pour cause le négoce de la femme, mais encore que les tiers qui ont traité avec la femme n'ont pas su que les fonds ne recevraient pas la destination en considération de laquelle la femme marchande publique peut s'engager sans une autorisation nouvelle et spéciale.

Nous n'entreprendrons pas de tracer ici une règle précise à l'aide de laquelle les juges puissent arriver à une conviction sur ce point (1). Tout est dans l'appréciation des faits. La nature de l'opération, son importance relative, la conduite plus ou moins prudente des tiers, les habitudes de la femme, voilà autant d'éléments de décision pour le juge. Il doit les peser dans sa sagesse.

604. L'obligation étant reconnue valable, il reste à en déterminer les effets. La femme est personnellement obligée ; elle peut donc être poursuivie par les créanciers. Si elle est poursuivie, elle peut prendre seule avec ses créanciers tels arrangements qu'elle juge convenables ; cela rentre dans l'autorisation générale qu'elle a reçue de faire le commerce.

Si, au lieu de poursuivre la femme, les créanciers veulent s'adresser au mari pour le payement des dettes, ils en ont la faculté : on a vu, en effet, que la femme en s'obligeant comme marchande publique, oblige également le mari et la communauté.

Mais comment le mari est-il tenu de la dette ? En est-il tenu de la même manière que la femme ? Il faut distinguer : relativement au chiffre de la dette, son obligation ne diffère pas de celle de la femme. La communauté et le mari sont obligés par l'effet d'une présomption légale de *in rem verso*. On suppose que la dette est contractée dans l'intérêt commun et a profité à tous deux. Or, cette présomption s'applique à toute la dette; la communauté et le mari sont donc tenus de la dette pour le tout. Par suite, même après la dissolution de la communauté, le mari peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre la

(1) On peut voir à cet égard les précisions qui étaient faites par Lebrun sous l'ancienne jurisprudence ; rien n'empêche de les suivre encore aujourd'hui. *Tr. de la communauté*, liv. II, ch. I, sect. I, n° 6.

femme ou contre ses héritiers si la communauté a été acceptée : et réciproquement, si le payement des dettes est poursuivi sur les biens personnels de la femme, il lui en est dû indemnité si elle renonce à la communauté.

Au contraire, relativement aux moyens d'exécution, l'obligation du mari diffère de celle de la femme. Comme marchande publique, la femme est contraignable par corps, et l'on soutenait, sous l'ancienne jurisprudence, que le mari était tenu de la même manière (1). Mais sous l'empire du Code civil, le principe contraire a prévalu. L'obligation n'a pas, en effet, pour le mari et pour la femme la même cause ni le même caractère. D'ailleurs, les cas dans lesquels la contrainte par corps peut être prononcée sont aujourd'hui nominativement déterminés, et hors de ces cas, il n'est pas permis aux tribunaux d'appliquer cette mesure d'exécution. Or, il n'existe dans nos lois aucune disposition qui étende au mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce, la contrainte par corps à laquelle celle-ci est soumise à raison de ses engagements. Donc, si la femme marchande publique engage encore aujourd'hui les biens du mari, elle n'engage plus sa personne (2).

605. Enfin la femme peut s'obliger solidairement avec son mari : c'est un troisième cas où le consentement du mari peut n'être pas donné d'une manière expresse. Mais ce cas diffère essentiellement des précédents. La dette est à la charge de la communauté par le fait du mari aussi bien que par le fait de la femme, puisqu'elle est contractée solidairement par l'un et par l'autre. Cependant les deux époux en sont tenus d'une manière différente sinon envers les tiers, du moins dans leurs rapports entre eux. C'est ce qu'exprime l'art. 1431, aux termes duquel : « la femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Il en est ainsi, d'après la loi, seulement à l'*égard du mari ;* la position est donc

(1) V. Bourjon, *Droit commun*, t. II, p. 708; Renusson, *De la comm.*, part. I^re^, ch. VII, n° 44 ; Lebrun, *ibid.*, liv. II, ch. I, sect. I, n° 7 ; Pothier, *Tr. de la puissance du mari*, n° 22.

(2) V. *Conf.*, Lyon, 26 juin 1822 (aff. Pyron); Paris, 7 août 1832 (aff. N.....). V. aussi MM. Toullier, t. II, n° 639, et t. XII, n° 245; Duranton, t. II, n° 438, et t. XIV, n° 25; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n° 358; Marcadé, *loc. cit.*, n° 2; Demolombe, *loc. cit.*, n° 313; Troplong, *Comm. sur la contr. par corps*, n^os^ 313 et 314.

différente à l'égard des créanciers ou des tiers : d'où la nécessité d'apprécier distinctement sous l'un et sous l'autre rapport l'obligation de la femme.

606. Lorsque la femme s'engage solidairement avec son mari, la solidarité produit son effet à l'égard du créancier. Le créancier a pour gage de sa créance non-seulement les biens de la communauté, mais encore ceux de la femme et ceux du mari. Il peut donc agir contre la femme sans que celle-ci soit fondée à lui opposer le bénéfice de division (art. 1203), ni à invoquer le bénéfice de l'art. 2021, c'est-à-dire à demander la discussion préalable des biens de son mari.

Ce même droit n'existe pas seulement en faveur des créanciers, mais aussi en faveur de ceux qui, par une circonstance quelconque, se trouvent subrogés à leurs droits. Dans une espèce où la femme et le mari s'étaient obligés solidairement avec un tiers au payement d'une dette, celui-ci ayant désintéressé le créancier et ayant répété contre la femme seule la part dont la communauté était tenue dans la dette, on tenta d'écarter ce recours exercé contre la femme seule en invoquant les principes de la solidarité relativement aux co-débiteurs entre eux. On prétendit que l'obligation solidaire se divisant de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion (art. 1213), et que le co-débiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne pouvant répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux, il s'ensuivait que dans l'espèce le tiers qui s'était obligé solidairement avec les époux et avait payé la dette pour le tout n'en pouvait répéter contre la femme que la moitié dans la portion dont celle-ci et son mari étaient solidairement tenus, sauf le recours contre le mari pour l'autre moitié. Mais la cour suprême rejeta ce système (1). Cette cour jugea que lorsque deux époux mariés sous le régime de la communauté contractent solidairement une obligation, ce n'est pas le mari et la femme qui sont, chacun pour moitié, débiteurs du montant de cette obligation ; que la dette est celle de la communauté dont le mari est le chef et le maître ; que la femme est caution solidaire de la dette ; qu'à ce titre elle doit tout ce que doit le débiteur principal, et partant que le co-débiteur solidaire qui avait désintéressé le créancier avait pu répéter contre elle toute la portion dont la communauté était tenue, sauf le recours de la femme

(1) V. *Req. rej.*, 29 novembre 1827 (aff. Hainque).

contre son mari, par application de l'art. 1431. La solution est de toute justice ; si le créancier a pu, sans s'inquiéter en aucune manière des rapports existants entre le mari et la femme, les considérer l'un et l'autre comme co-débiteurs solidaires, pourquoi le co-débiteur qui a payé la dette s'inquiéterait-il davantage de ces rapports ? En définitive, il n'y avait qu'un seul co-débiteur avec lui, la communauté : pour lui et vis-à-vis de lui, le mari et la femme sont l'un et l'autre des garants entre lesquels il choisit lorsqu'il veut recouvrer ce qu'il a donné en plus de sa part dans l'obligation.

Toutefois, la loi prévoit seulement le cas où la femme s'est engagée *solidairement* avec son mari. Les droits du créancier ne seraient pas les mêmes envers la femme, si celle-ci avait contracté *conjointement* avec son mari, mais sans expression de solidarité. Dans ce cas, les créanciers pourraient poursuivre le payement de leurs dettes pour le tout sur les biens du mari et sur les biens de la communauté, en vertu du principe d'après lequel celui qui a action contre le mari a aussi action contre la communauté. Mais la femme ne serait tenue de la dette que pour moitié conformément à l'art. 1487, dont la disposition sera ultérieurement expliquée. Par où l'on voit que les tiers ont plus d'intérêt à traiter avec la femme seule, pourvu qu'elle soit autorisée de son mari, qu'avec la femme et son mari conjointement : en effet, ils ont, dans le premier cas, pour gage de leurs créances, non-seulement les biens de la communauté et ceux du mari, mais encore ceux de la femme, tandis que dans le second, s'ils peuvent poursuivre pour le tout le mari et la communauté, ils ne peuvent poursuivre la femme que pour la moitié de ce qui leur est dû.

607. Dans ses rapports avec son mari, la femme qui s'engage *solidairement* avec ce dernier a une position différente. Le législateur prend en considération ici, comme dans bien des cas déjà examinés, l'état de dépendance de la femme, et sanctionnant en quelque sorte un fait que l'expérience de chaque jour vient attester, à savoir que les femmes qui s'engagent solidairement avec leur mari n'interviennent que pour garantir la dette de ce dernier, il suppose qu'une obligation ainsi contractée l'est dans l'intérêt exclusif du mari. Voilà pourquoi la loi déclare la femme obligée, à l'égard du mari, *comme caution* seulement, et lui réserve l'indemnité de l'obligation par elle contractée (1).

(1) V. *Civ. cass.*, 5 brumaire an XI (aff. Fargeon). — La cour de Paris a dé-

Toutefois, la présomption établie par la loi en faveur de la femme est une présomption *juris tantùm*. Elle cède devant la preuve contraire, et l'indemnité réservée à la femme ne lui est due à la dissolution de la communauté que tout autant qu'il ne résulte pas de l'acte ou qu'il n'est pas prouvé que l'obligation n'avait pas été contractée dans l'intérêt exclusif du mari.

La cour de Lyon a décidé, en conséquence, que la femme qui s'est obligée solidairement avec son mari au payement du prix de remplacement militaire de l'un de ses enfants est tenue personnellement, et non pas seulement comme caution, de la moitié de la dette, et qu'elle ne peut exercer aucune action en indemnité pour sa moitié contre son mari (1) : solution de toute justice, car ni le mari, ni la femme, nous l'avons établi déjà, ne sont personnellement obligés à remplacer leurs fils pas plus qu'à les doter. La femme remplit donc une obligation de bienveillance ou d'affection lorsqu'elle s'engage solidairement avec son mari dans cet objet ; par cela même il est juste qu'elle supporte personnellement sa part dans la dette. Seulement il peut arriver que le remplacement profite à la communauté, en ce sens que la société conjugale retire avantage du travail du fils remplacé. Dans ce cas, où le remplacement ne serait au fond qu'un acte de bonne administration, la communauté en devrait supporter le prix, et la femme en serait tenue, mais seulement en tant que commune, suivant des précisions auxquelles nous allons arriver.

Quoi qu'il en soit, la présomption établie par la loi a un effet très-avantageux pour la femme. Si même vis-à-vis de son mari la femme eût conservé la qualité de co-débitrice solidaire qu'elle

cidé que même dans le cas où la femme est mariée sous le régime exclusif de la communauté, la disposition de la loi est applicable, et partant que l'obligation contractée solidairement par elle avec son mari étant réputée de droit consentie dans l'intérêt de ce dernier, lorsque le contraire ne résulte pas expressément du contrat, la femme est réputée simple caution et doit être indemnisée par son mari du montant de l'obligation. Paris, 20 juillet 1833 (aff. Gombault et Henry).

(1) V. Lyon, 11 juin 1833 (aff. Blanchin). La cour de Paris a jugé, dans le même sens, que le cautionnement souscrit solidairement par la femme et par le mari au profit des gendres de la femme, sans que la communauté s'y trouve intéressée, ne constitue pas une dette de communauté, mais bien une obligation personnelle à chacun des époux et qui doit se diviser entre eux conformément aux règles du cautionnement. Paris, 30 décembre 1841 (aff. Lecomte et Grandamy).

a vis-à-vis des tiers, il serait arrivé que, poursuivie pour le tout par le créancier, elle n'aurait pu exercer son recours pour le tout contre son mari co-débiteur solidaire, qu'à la condition de prouver que l'affaire pour laquelle la dette avait été contractée solidairement concernait seulement son mari, puisqu'en principe la dette contractée solidairement par plusieurs débiteurs est présumée contractée dans l'intérêt de tous (C. civ., art. 1200 et suiv.). Mais la femme étant réputée simple caution, la présomption change et tourne contre le mari : en sorte que la dette étant présumée contractée dans l'intérêt exclusif du mari, celui-ci ne peut éviter le recours pour le tout qu'à la condition d'établir la preuve du contraire.

Si le mari fait cette preuve, la présomption de la loi tombe ; alors il faut distinguer entre les cas où la preuve faite par le mari présente l'obligation comme contractée dans l'intérêt exclusif de la femme ; où il est prouvé que l'obligation a été contractée dans l'intérêt commun des deux époux ; enfin où la preuve présente l'obligation comme passée dans l'intérêt de la communauté. Dans le premier cas, la femme n'a pas d'action à exercer contre son mari ; la dette lui étant exclusivement personnelle, elle en est tenue pour le tout (C. civ., art. 1216). Dans le second cas, les deux époux sont tenus personnellement chacun pour moitié de la dette, c'est l'hypothèse sur laquelle a statué l'arrêt précité de la cour de Lyon. Enfin dans le troisième cas, la dette étant souscrite dans l'intérêt de la communauté, le fonds commun en est tenu ; en sorte que la femme en supportera ou non sa part, suivant qu'elle acceptera la *communauté* ou qu'elle y renoncera.

Si le mari ne fait pas la preuve contraire, la présomption de la loi subsiste ; il est seul tenu de la dette, et la femme a contre lui recours pour le tout.

608. Rapprochée de l'art. 2135, la disposition de l'art. 1431, qui voit dans la femme, obligée solidaire, une simple caution à l'égard de son mari, a fait naître une question dont la solution a été controversée en jurisprudence. On sait que dans l'énumération qu'il présente des créances à l'occasion desquelles il accorde spécialement une hypothèque légale à la femme, l'art. 2135 fait figurer l'*indemnité des dettes contractées avec le mari*. La question est de savoir quel est précisément l'effet de cette hypothèque, et notamment s'il en résulte qu'en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ou même simplement lorsque la dette est exigible par l'échéance du terme, la femme ait le droit d'être

colloquée actuellement, à raison de cette indemnité, sur les biens de son mari lorsque ces biens sont mis en vente.

La question est sans difficulté si au moment de la faillite, de la déconfiture ou de l'échéance de la dette, la femme déjà poursuivie par le créancier a été obligée de payer. Le dommage étant désormais certain et consommé pour la femme, son droit à une collocation actuelle ne fait même pas question. La difficulté se produit seulement dans le cas où la femme n'est pas poursuivie au moment de la faillite, de la déconfiture ou de l'échéance, dans le cas par conséquent où elle n'a éprouvé encore aucun dommage par suite de l'obligation qu'elle a souscrite. Même alors, il semble que la question ne peut faire l'objet d'un doute sérieux : car, encore une fois, lorsqu'elle contracte solidairement avec son mari, la femme n'est réputée, aux termes de l'art. 1431, s'être obligée que *comme caution* de son mari. Or, l'art. 2032 du Code civil dispose expressément que « la caution, *même avant d'avoir payé*, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisé, 1° ..... ; 2° lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ; 3° ... ; 4° lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée... » Le rapprochement des textes semble donc conduire, sans aucune difficulté, à cette conséquence, que la femme qui par son obligation solidaire a cautionné la dette de son mari, peut, même avant d'avoir payé cette dette, exercer son droit hypothécaire dans les diverses circonstances dont il s'agit ici (1).

Cependant cette doctrine a été vivement contredite. On a prétendu que l'art. 2032 est relatif aux cautions ordinaires qui n'ont en leur faveur aucune garantie contre des poursuites menaçantes, et non pas à la femme qui est protégée par l'hypothèque générale et légale que la loi lui accorde sur tous les biens de son mari ; et qu'en supposant même que cet article fût applicable à la femme, la loi n'ayant dit nulle part que l'indemnité accordée à cette femme devait consister en un payement actuel et effectif de la dette principale, la femme doit se tenir pour satisfaite si on lui fournit des sûretés suffisantes, telles que caution, pour le cas où elle serait plus tard obligée de payer la

(1) Dans son traité récent des priviléges et des hypothèques, M. Valette en examinant la grave question de savoir si l'hypothèque légale de la femme frappe les conquêts de la communauté, question qui sera ultérieurement discutée, M. Valette, sans s'arrêter à la question spéciale dont nous parlons ici, la résout par le rapprochement ci-dessus indiqué. Le savant professeur s'abs-

dette. La cour de cassation avait d'abord admis ce système (1).

Mais elle n'a pas persisté dans cette jurisprudence. La question s'étant présentée de nouveau devant elle, cette cour a décidé que la femme peut réclamer collocation actuelle même avant d'avoir payé et en l'absence de toutes poursuites dirigées contre elle, si d'ailleurs la dette est échue ou si le mari est tombé en déconfiture (2). Cette dernière solution, à notre avis, est seule en harmonie avec la disposition de la loi. Lorsque le législateur a multiplié en faveur des femmes les garanties au moyen desquelles il a voulu protéger leurs droits, le système contraire a le tort incontestable d'affaiblir et même d'enlever, au préjudice des femmes, les garanties du droit commun offertes à tous. Certes, si un fidéjusseur ordinaire s'était fait donner par le débiteur principal une hypothèque pour mieux assurer son indemnité, on n'irait pas jusqu'à soutenir que ce fidéjusseur serait par cela seul déchu du droit que lui accorde l'art. 2032 d'agir contre le débiteur principal *même avant d'avoir payé*, pour être indemnisé, droit sans lequel le cautionnement serait d'une nature tout à fait précaire et laisserait la caution exposée à une perte à peu près inévitable toutes les fois que le débiteur principal serait au-dessous de ses affaires. Comment donc cette déchéance que l'on ne pourrait pas opposer à la caution ordinaire qui aurait pris ses sûretés, l'opposerait-on avec plus de fondement à la femme en considération d'une sûreté particulière qu'elle n'a pas stipulée, elle, mais que la loi lui donne? Comment le pourrait-on sinon en enlevant à la femme une garantie réelle ou hypothécaire qui lui était assurée par la loi et en mettant à la place une simple garantie personnelle. Ce serait par cela même diminuer la protection dont le législateur a voulu entourer la femme, puisqu'en

tient de toute discussion; il ne suppose pas que la solution puisse être contestée. V. p. 266, note 1. Nous ne l'aurions pas supposé non plus; mais, on va le voir, la jurisprudence présente sur ce point des décisions opposées.

(1) V. *Civ. rej.*, 16 juillet 1832 (Debourg). V. aussi Amiens, 9 février 1829 (aff. Darras Maille); Orléans, 1er décembre 1836 (aff. Porcher).

(2) V. *Req. rej.*, 25 mars 1834 (Adm. des dom. c. Gombault) : mais v. surtout *Req. rej.*, 2 janvier 1838 (aff. Charles c. Gendre et Violet). *Adde* Paris, 26 août 1836 (aff. Charles). La cour d'Amiens est elle-même revenue sur sa propre jurisprudence. Arrêt du 19 décembre 1837 (aff. Dubois). Dans ces espèces diverses, la collocation actuelle était réclamée par les créanciers de la femme subrogés à l'hypothèque légale de cette dernière. Mais en cela les décisions font une application de la règle posée dans l'art. 1166, application qui ne modifie en rien le principe.

principe *plus est cautionis in re quàm in personâ*. Bien plus, ce serait détruire le privilége spécial que l'art. 2135 donne à la femme pour l'*indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari* ; privilége constitutif d'un droit éventuel sans doute, mais qui n'en a pas moins pour but de préserver la femme du préjudice qu'elle pourrait éprouver ; privilége qui, à ce titre même, doit, pour n'être pas illusoire, devenir un droit ouvert, certain, à l'instant même où la femme, par une circonstance quelconque, se trouve en présence des poursuites imminentes des créanciers vis-à-vis desquels elle a garanti la dette de son mari (1).

Que si l'obligation consentie solidairement par le mari et la femme n'est pas encore exigible au moment de la dissolution de la communauté, opérée par exemple par la séparation de biens, la femme est fondée à exiger que l'on comprenne dans la liquidation de ses droits une somme égale à celle pour le montant de laquelle elle est exposée à être poursuivie (2), en offrant de consigner cette somme pour le compte de son mari.

609. On voit dans quelle mesure et suivant quelles règles les obligations de la femme, tacitement autorisée de son mari dans les trois cas prévus par le législateur et qui viennent d'être successivement examinées, sont susceptibles d'engager la communauté et le mari lui-même. Les circonstances prévues par la loi ne sont pas exclusives ; le consentement tacite du mari peut se produire dans d'autres, et ici encore c'est à la prudence du juge que tout doit être livré. De même que le juge peut induire d'un acte ou d'un écrit plus ou moins explicite le consentement exprès du mari (3), de même aussi peut-il faire résulter le consentement tacite d'une circonstance plus ou moins significative : par exemple du simple concours, de la seule présence du mari à l'obligation consentie par sa femme. L'assistance du mari implique une approbation de sa part ; et à moins de circonstances particulières, on ne comprendrait pas qu'après avoir donné à l'engagement souscrit par sa femme l'appui moral de sa présence, le mari vînt ensuite, si d'ailleurs sa présence est dûment

(1) Cette doctrine a été soutenue par M. Troplong dans son *Commentaire sur les priviléges et les hypothèques*, t. II, n° 610, et plus récemment dans son *Commentaire sur le cautionnement*, n° 415. V. encore en ce sens, outre l'opinion déjà citée de M. Valette, celle de M. Coulon, *Quest. de droit*, t. II, p. 597 et suiv.

(2) V. Bourges, 5 mai 1830 (aff. Oppin). Le même principe a été consacré dans un arrêt de la cour de cassation. V. *Req. rej.*, 7 mars 1842 (aff. Rudeuil).

(3) V. *suprà*, n. 592.

constatée, prétendre qu'il n'est aucunement lié par la convention.

A défaut d'une autorisation au moins tacite de la part du mari, vainement la femme s'engagerait-elle : la convention serait nulle, et partant non opposable au mari ni à la communauté. Il importerait même peu que sur le refus du mari la femme eût été autorisée par la justice. Une telle autorisation aurait pour effet sans doute de relever la femme de son incapacité vis-à-vis des tiers avec lesquels elle contracterait; mais à l'égard du mari, sauf quelques exceptions que nous indiquerons bientôt, elle serait sans force et ne saurait le lier. Sous ce rapport, en effet, l'ancienne jurisprudence (1) avait établi entre l'autorisation du mari et l'autorisation de justice une différence dont on retrouve une reproduction exacte dans les art. 1419 et 1426 rapprochés. Le premier, fait en vue des dettes contractées par la femme avec le consentement du mari, donne action aux créanciers non-seulement sur les biens de la femme, mais encore sur ceux du mari et de la communauté, sauf récompense ou indemnité. Le second, dont nous nous occupons particulièrement ici, déclare expressément que « 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... »

Ainsi, sans examiner ici la question de savoir si la justice peut, au refus du mari, autoriser la femme même commune en biens à faire le commerce, et en admettant la solution affirmative donnée à cette question par quelques auteurs (2), nous supposerons qu'une femme mariée sous le régime de la communauté ait été autorisée par la justice à faire le commerce; il serait impossible de soutenir que la communauté et le mari sont eux-mêmes engagés par les engagements commerciaux de la femme. Si la communauté est tenue à l'occasion des actes faits pour son négoce par la femme marchande publique, c'est précisément parce que ces actes, nous l'avons établi, sont présumés faits avec le consentement tacite du mari. Or, lorsque le mari

(1) V. Pothier, *De la puissance du mari*, n° 13.

(2) V. MM. Marcadé, t. I, sur l'art. 220, n° 1, et Duranton, t. II, n° 478. Cependant cette doctrine est contredite. V. M. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. IV, n° 248. La cour de Paris juge qu'en cas de communauté, la femme ne peut en aucune manière se faire autoriser par la justice à faire le commerce, à moins qu'elle n'ait fait d'abord prononcer la séparation de biens. Arrêt du 24 août 1844 (aff. Lavocat). La cour de Caen va plus loin encore ; elle n'admet l'autorisation de la justice qu'autant que les époux sont séparés de corps. Arrêt du 8 juin 1846 (aff. Pichot).

s'est expressément refusé à donner l'autorisation, il n'y a plus de présomption qui puisse lui être opposée.

Ainsi encore, lorsque la femme sur le refus du mari s'est fait autoriser par la justice à suivre un procès, les condamnations prononcées contre elle ne doivent être supportées ni par le mari, ni par la communauté (1). Il n'y a pas lieu même, à notre avis, d'admettre la distinction faite, à cet égard, par la cour de Bourges, entre le cas où le mari a refusé purement et simplement son autorisation et celui où il a déduit les motifs de son refus (2). La cour de Bourges estime que dans le premier cas le mari adhère d'office, par son silence affecté, à l'autorisation sollicitée par la femme. Selon nous, soit qu'il s'explique, soit qu'il garde le silence, le mari qui refuse son autorisation à sa femme pour intenter un procès manifeste par cela même l'intention de n'y pas concourir : cette induction se tire plus sûrement de la conduite du mari ; par ce motif, nous croyons qu'en principe les condamnations prononcées contre la femme ne sauraient être mises à la charge de la communauté. Cette doctrine, fondée d'ailleurs sur la généralité même des termes de l'art. 1426, trouve un appui dans les motifs d'un arrêt rendu par la cour de Bruxelles d'après lequel aucune condamnation de dépens ne peut être prononcée contre le mari qui fait défaut sur l'assignation à lui donnée pour autoriser sa femme à ester en justice (3). Seulement, on pourrait admettre, dans cette même hypothèse, que si la femme venait à gagner son procès et à faire prononcer à son profit des condamnations contre son adversaire, la communauté fût tenue d'indemniser la femme des dépenses que celle-ci aurait faites, en tant que le montant des condamnations serait susceptible, nonobstant le refus d'autorisation du mari, d'entrer dans la communauté. Hors de là, le principe général doit être appliqué ; la femme seule doit supporter les dépens d'une instance aux chances de laquelle le mari a expressément refusé de s'associer.

610. Mais la solution doit-elle être admise dans le cas où l'autorisation dont la femme a besoin pour être habilitée à agir ne peut émaner que de la justice, spécialement dans le cas d'une demande en séparation de corps ? Il faut distinguer.

La demande a-t-elle été formée par le mari, la question ne

(1) *Secùs* si le mari a autorisé le procès, alors même que ce procès est relatif aux propres immobiliers de la femme. V. *suprà*, n° 590.

(2) Bourges, 28 avril 1806 (aff. Pelletier).

(3) Bruxelles, 23 mars 1833 (aff. Coygny).

présente pas une difficulté sérieuse. Si la demande a été rejetée, les frais auxquels elle a donné lieu sont à la charge de la communauté, partant le payement peut en être poursuivi sur les biens de la communauté et sur les biens personnels du mari ; il n'y a dans ce cas aucun prétexte pour grever les biens personnels de la femme des frais d'un procès qu'elle a été forcée de subir et qu'elle a gagné. Si, au contraire, la demande formée par le mari a été accueillie, la communauté doit encore supporter les dépens, même ceux prononcés contre la femme. Toutefois, la communauté, dans ce dernier cas, ne doit pas être tenue d'une manière définitive ; elle ne doit pas souffrir des fautes de la femme. D'où la conséquence que celle-ci, alors même qu'elle renonce à la communauté, doit récompense des dépens mis à sa charge par le jugement et acquittés pour elle avec les deniers pris dans le fonds commun (1).

La demande en séparation de corps a-t-elle été formée par la femme elle-même, il ne paraît pas douteux que la communauté ne doive également, si la demande est accueillie, supporter les dépens auxquels le mari est condamné et que la femme n'ait droit à une indemnité pour la portion de frais qu'elle aurait été tenue de payer, soit avant, soit après le jugement, à l'avoué, son mandataire dans l'instance.

Mais il y a doute lorsque la femme succombe dans la demande par elle formée. Dans ce cas, quelques arrêts ont décidé, soit que la communauté est tenue des frais (2), soit que le mari en est tenu, sauf son recours contre la femme (3). Cette doctrine, d'ailleurs, peu motivée, paraît reposer sur la nécessité de laisser à la femme les moyens de se défendre contre les excès de son mari. Mais une telle considération ne saurait prévaloir contre le texte de l'art. 1426: et d'ailleurs, il serait injuste que la communauté, et partant le mari pût être recherché pour des frais faits aussi manifestement contre lui que ceux d'une demande en séparation de corps mal fondée. C'est aussi l'opinion qui tend à prévaloir (4).

(1) *Conf.* M. Glandaz, *Encycl.* v° *Communauté conjugale*, n° 169.

(2) V. Bruxelles, 5 juillet 1809 (aff. D....) ; Paris, 11 mai 1815 (aff. Lemaire); Nîmes, 15 avril 1838 (aff. N....).

(3) V. Poitiers, 7 mai 1827 (aff. Brémaud) ; Paris, 14 août 1840 (aff. Merger).

(4) V. *Req. rej.*, 8 mai 1821 (aff. Bosle) ; Paris, 7 février 1806 (aff. Louault) ; 8 novembre 1827 (aff. Guérin c. Baudin) ; 8 janvier 1841 (aff. Merger c. Lepelletier) ; Limoges, 28 avril 1813 (aff. Beaune-Borie). V. aussi MM. Carré et

Ajoutons que cette solution n'enlève en aucune manière à la femme les moyens de former sa demande en séparation, lorsqu'elle y est fondée. La loi y pourvoit en autorisant la femme à demander une provision (C. c., art. 268 ; C. pr., art. 878) nécessairement applicable non-seulement à ses besoins personnels, mais encore aux frais de l'instance.

Mais si la femme a obtenu une provision, son avoué ne doit agir que dans la mesure de la provision. Si cette provision était dépassée, l'avoué ne pourrait, après le procès perdu, rien répéter contre le mari, ni par conséquent contre la communauté dont le mari est l'administrateur. C'est encore là une application toute naturelle du principe posé dans l'art. 1426. La cour de cassation s'est prononcée dans ce sens (1).

611. Le principe que la femme même autorisée de la justice n'oblige ni le mari, ni la communauté, souffre, comme nous l'avons dit, plusieurs exceptions. En effet, aux termes de l'article 1427 : « La femme 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. » La femme peut donc, seulement avec l'autorisation de la justice, s'obliger et engager les biens de la communauté dans les deux cas prévus par cet article. L'un et l'autre cas comportent des observations particulières : mais, avant tout, nous exposerons quelques données générales.

612. Et d'abord, la disposition de l'art. 1427 est-elle limitative en ce sens que, hors des deux cas prévus par le législateur, la femme n'engage pas les biens du mari et ceux de la communauté par des actes émanés d'elle avec l'autorisation de la justice ?

Nous ne le croyons pas. Le texte de la loi d'abord vient à l'appui de cette solution. « Les actes faits par la femme, dit l'art. 1427.... *même* avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté si ce n'est.... » Évidemment, par la position qu'il occupe dans l'article, le mot *même* n'aurait aucune signification si l'énumération faite dans cet article était limitative : ce mot s'explique très-bien, au contraire, dès qu'on le fait porter non pas sur l'autorisation de justice, mais sur les

Chauveau, *Lois de la proc. civ.*, t. I, quest. 548 ; Glandaz, *loc. cit.* ; Pigeau, *Comm.*, t. I, p. 311 ; Bioche, *Dict. de pr.*, v° *Femme mariée*, n° 150.

(1) V. *Civ. cass.*, 11 juillet 1837 (aff. Fernyer c. Marchand).

cas dignes de faveur dont l'article présente l'énumération. Ainsi, sainement entendue, la loi revient à dire que *lors même* qu'il s'agit de tirer le mari de prison ou d'établir les enfants communs, la femme doit, pour obliger la communauté, obtenir l'autorisation de la justice. Avec cette explication, il est impossible de ne pas considérer ces deux cas comme cités à titre d'exemple par le législateur, ce qui permet incontestablement d'appliquer la même solution dans toutes les hypothèses où le mari est absent et où il est cependant nécessaire d'agir dans l'intérêt de l'administration et de la conservation des biens. Cela devient plus évident encore lorsqu'on descend au fond des choses. Qu'est-ce, en effet, que la disposition de l'art. 1427? Rien autre qu'une application de l'art. 112, aux termes duquel « s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées. » Or, si la justice peut donner mandat à un étranger d'agir dans l'intérêt d'un absent toutes les fois que la *nécessité* le commande, à plus forte raison peut-elle donner aussi ce mandat à la femme intéressée plus que personne à une bonne administration. Nous rejetons donc l'opinion de quelques auteurs d'après lesquels la disposition de l'article 1427 serait conçue *dans une pensée restrictive* (1). Notre opinion, d'ailleurs, tend à prévaloir en doctrine et en jurisprudence (2).

613. En second lieu, l'art. 1427 du Code civil, bien qu'il ne parle que de l'autorisation de la justice, ne déroge pas pour les cas spéciaux qu'il prévoit, à la règle générale posée dans les art. 217 et suiv. du Code civil; règle selon laquelle cette autorisation de la justice n'est exigée que subsidiairement à celle du mari. Dans une espèce où une femme avait souscrit un cautionnement en faveur de son mari détenu pour dettes, cette femme ayant prétendu que l'acte de cautionnement devait être annulé en ce qu'il avait été souscrit par elle sans autre autorisation que celle de son mari, la cour de cassation rejeta ce système (3). Cette cour considéra qu'aux termes des art. 217, 218,

(1) V. notamment MM. Taulier, t. V, p. 97, et Odier, t. I, n° 239.

(2) V. Bourges, 13 février 1830 (aff. Charne). V. aussi MM. Duranton, t. XIV, n° 305; Delvincourt, t. II, p. 106, note 6; Mourlon, p. 25; Demolombe, t. IV, n° 321.

(3) *Civ. rej.*, 8 novembre 1814 (aff. Burghoffer).

et 222, l'autorisation dont la femme a besoin pour contracter ne peut être demandée en justice que lorsque le mari la refuse ou est dans l'impossibilité de la donner, qu'ainsi, de sa nature, l'autorisation de la justice n'est qu'un acte supplétoire, inutile lorsque l'autorisation du mari existe. Vainement, ajoutait la cour suprême, on opposerait que ce principe a été modifié par l'article 1427 du Code civil. Pour déterminer le véritable sens de cet article, il faut le conférer avec celui qui le précède immédiatement. Il est dit par l'art. 1426 que la femme ne peut engager les biens de la communauté lorsqu'elle ne contracte qu'avec l'autorisation de la justice ; l'objet de l'article suivant est de dire, par exception à cette règle, qu'avec la seule autorisation de la justice, la femme peut valablement engager les biens de la communauté lorsqu'il s'agit 1° de tirer son mari de prison, et 2° d'établir les enfants pendant l'absence du mari. L'art. 1427 étant réduit à cette disposition, il n'y a aucun prétexte d'en conclure qu'il déroge au principe posé dans les articles 217, 218 et 222, principe qui est une conséquence inhérente à l'autorité maritale. Cette doctrine a été généralement approuvée (1).

Ces préliminaires posés, reprenons successivement les deux cas mentionnés dans l'art. 1427.

614. *Du cas où la femme s'oblige pour tirer son mari de prison.* — Dans ce cas, la femme n'a pas besoin, pour s'obliger et engager les biens de la communauté, du consentement de son mari ; il suffit, d'après l'art. 1427, qu'elle obtienne l'autorisation de la justice. L'ancienne jurisprudence avait déjà consacré une exception semblable et même plus étendue. Elle avait admis, sur le fondement d'un arrêt du 27 août 1564, rendu *consultis classibus*, que la femme pouvait, sans autorisation aucune, soit de son mari, soit de la justice, s'obliger et même hypothéquer ou vendre le fonds commun pour retirer le mari de prison ; mais que si la femme était mineure, elle avait besoin pour faire valablement ces actes de l'autorisation de la justice (2).

Les rédacteurs du Code, comme on le voit, ont modifié sous

(1) V. MM. Merlin, *Quest.*, v° *Puissance maritale*, § 4, n° 1 ; Favard, *Rép.*, v° *Aut. de femme mariée*, n° 7 ; Bellot, t. I, p. 403 ; Demolombe, t. IV, n° 231.

(2) V. Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. I, sect. I, n°s 21 et suiv. ; Pothier, *Tr. de la puissance du mari*, n°s 35 et suiv. ; Ferrière, sur l'art. 223, glos. 2, n° 61.

plusieurs rapports les pratiques ancienne. D'une part, la nécessité de l'autorisation maritale subsiste dans tous les cas en vertu de l'art. 217 du Code civil; l'autorisation de la justice, nous l'avons dit tantôt, est purement supplétoire : elle est déclarée suffisante, afin que si le mari, par des motifs de délicatesse ou par tous autres, persiste à rester en prison, la femme puisse toujours triompher de cette résistance dans un cas où la question pour elle est toute de dévouement et d'humanité. D'une autre part, la loi nouvelle efface toute différence entre la femme majeure et la femme mineure. Majeure ou mineure, la femme n'a besoin que de l'autorisation de la justice si le mari ne donne pas la sienne et lui enlève par là les moyens qu'elle aurait de le retirer de prison. La loi ne distingue pas : et cela a fait décider avec raison que dans le cas prévu par l'art. 1427, la femme, quoique mineure, n'est pas tenue de joindre à sa requête en autorisation une délibération du conseil de famille, ainsi que l'exige l'art. 483 du Code civil, pour autoriser un mineur émancipé à faire des emprunts (1). En s'obligeant pour tirer son mari de prison, la femme remplit un devoir sacré à l'accomplissement duquel le conseil de famille ne saurait apporter jamais aucune entrave. Rien ne serait dès lors plus inutile ni plus insignifiant que de prendre l'avis de ce conseil.

Du reste, aujourd'hui comme autrefois, la femme pourrait non-seulement s'obliger, c'est-à-dire emprunter, mais encore hypothéquer ou vendre des immeubles pour retirer son mari de prison. La loi ne mentionne pas l'aliénation, mais le motif est le même. D'ailleurs, on sait que le législateur a fait de ce motif même la cause d'une exception au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux (art. 1558).

Dans tous les cas, il faut remarquer que, purement supplétoire, l'autorisation de la justice a pour effet de mettre les choses précisément dans l'état où elles seraient si le mari avait lui-même donné son consentement. Rien n'est donc changé ni dans les droits des créanciers, ni dans ceux des époux : les premiers ont pour gage de leur créance tout ce que leur accorde l'art. 1419; les seconds, dans leurs rapports entre eux ou avec la communauté, sont dans la situation établie par ce même article : en d'autres termes, la femme a droit à une indemnité, ou la communauté à une récompense, suivant qu'il est satisfait à l'obligation souscrite par la femme pour retirer le mari de prison avec

(1) V. MM. Toullier, t. XII, n° 235; Dalloz, *Rec. alph.*, t. X, p. 202, n° 18.

des biens personnels à la femme ou avec des biens communs.

615. Fondé qu'il est sur le sentiment du devoir, sur une pensée de dévouement, l'art. 1427 doit recevoir son application dans tous les cas où ce sentiment et cette pensée ont l'occasion de se produire. Il n'y a donc pas à distinguer entre les diverses causes qui ont amené l'emprisonnement du mari. Ainsi, peu importe qu'il ait été incarcéré pour le payement d'une amende, des frais d'un procès criminel ou correctionnel, ou qu'il soit détenu pour le payement d'une dette civile. La femme peut, dans tous les cas, s'obliger et engager les biens de la communauté pour procurer la liberté à son mari. On tient également, avec raison, qu'elle le pourrait aussi pour le rachat de l'époux captif, par exemple pour payer la rançon de l'époux prisonnier de guerre.

616. Dans la crainte que la femme ne se laissât trop facilement intimider par une menace d'emprisonnement faite à son mari, on décidait autrefois qu'elle ne pouvait, même en état de majorité, s'obliger ni engager la communauté pour empêcher son mari d'entrer en prison sans obtenir de la justice une autorisation qui, on le sait, n'était exigée que pour la femme mineure (1). Sous l'empire du Code civil qui, sans distinguer entre le cas de majorité et celui de minorité, n'exige que l'autorisation de la justice pour la femme qui veut, en s'obligeant, retirer le mari de prison, on est allé plus loin : on a pensé que l'incarcération du mari doit être réellement opérée pour que la femme soit autorisée, même par la justice, à s'obliger, mais que l'autorisation ne peut pas être accordée dès que la femme se propose seulement, en s'obligeant, de prévenir l'exécution d'une condamnation par corps prononcée contre son mari (2). Ce n'est pas notre avis. L'esprit, sinon la lettre de la loi, commande de ne mettre aucune différence entre les deux situations : la raison de dévouement est identique dans les deux. Si la femme peut intervenir pour faire cesser le malheur dont son mari est frappé, on ne peut supposer, sans accuser la loi d'inconséquence, que la femme est condamnée à demeurer inactive quand elle pourrait et voudrait prévenir ce même malheur (3). Même dans le cas prévu par l'art. 1558, nous pensons, contre l'opinion qui a prévalu en

(1) V. Lebrun, *loc. cit.*, n° 26 ; Pothier, *loc. cit.*, n° 38. V. un arrêt *conf.* du 23 mai 1653, rapporté par Soefve, t. I, cent. 4, ch. XL.

(2) V. M. Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conjugale*, n° 181.

(3) V. M. Taulier, t. V, p. 96.

doctrine et en jurisprudence, que l'aliénation de l'immeuble dotal peut, suivant les circonstances, être permise avant l'arrestation du mari débiteur et pour prévenir l'effet de la condamnation prononcée contre lui (1). Or, l'art. 1427 statue dans une hypothèse où les biens n'ont pas ce caractère d'inaliénabilité qui forme la base essentielle du régime dotal et qui doit rendre plus difficile dans l'application des règles dérogeant à ce principe. Nous devons donc, à plus forte raison, admettre la même solution dans le cas de l'art. 1427 (2). Disons, d'ailleurs, qu'il n'y a rien à redouter de la faiblesse de la femme. En définitive, les juges apprécieront sa position et la nécessité plus ou moins impérieuse qu'il y a pour elle à venir au secours de son mari. Cela seul suffit pour la garantie de tous : on ne saurait douter, en effet, que dans le cas proposé, la justice n'accorde l'autorisation qu'avec la plus grande circonspection.

627. Mais la justice pourrait-elle accorder cette autorisation si le mari détenu pouvait obtenir sa liberté au moyen de la cession de biens? Dans l'ancienne jurisprudence, la négative était admise sans aucune difficulté. Le sentiment du barreau, disait Lebrun (3), est de restreindre l'exception au cas auquel le mari n'aurait pu être retiré autrement de prison, y étant retenu pour une dette à l'égard de laquelle un débiteur n'est pas admis au bénéfice de cession. C'était aussi l'avis de Pothier (4); ce dernier auteur cite à l'appui la coutume de Normandie qui approuvait non-seulement l'obligation de la femme, mais même la vente de ses héritages dotaux, et disait dans l'art. 541 : *pour rédimer son mari de prison, de guerre, ou de cause non civile.*

Nous croyons, pour notre part, que sous l'empire du Code civil, cette solution devrait encore être admise en principe. Toutefois, nous la maintiendrons moins rigoureusement sous le régime de la communauté que sous le régime dotal. Dans ce dernier régime, si la femme voulait profiter, dans le cas proposé, de la disposition exceptionnelle contenue dans l'art. 1558, nous croyons que les juges ne devraient pas admettre une dérogation au principe de l'inaliénabilité de la dot, dès qu'en fait le mari

(1) V. notre t. II, n° 513.

(2) M. Toullier qui dans le cas de l'art. 1558 se prononce dans le sens de l'opinion qui a prévalu, admet cependant que dans le cas de l'art. 1427 la justice peut accorder l'autorisation. V. t. XII, n° 235.

(3) V. *loc. cit.*, n° 21.

(4) V. *loc. cit.*, n° 37.

pourrait sortir de prison au moyen de la cession de biens (1). Mais, sous le régime de la communauté qui, encore une fois, ne met pas d'entraves à la faculté qui appartient à chacun de disposer de ses biens, les juges devront, ce nous semble, se déterminer par les circonstances. Ils verront s'il convient de laisser son cours à la cession de biens, ou s'il ne vaut pas mieux conserver à la famille les biens du mari : en un mot ils se décideront d'après la position du mari, d'après les ressources personnelles de la femme, et prendront toujours en considération le plus grand intérêt de la famille.

618. L'art. 1427 prévoit seulement le cas où l'obligation de la femme a pour objet de procurer la liberté du mari. D'où la question de savoir si la disposition serait applicable à la femme qui voudrait se retirer elle-même de prison ? On comprend que la question n'a pas trait à la femme marchande publique retenue en prison par suite de ses engagements commerciaux. Nous avons déjà dit que, dans cette position, la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour traiter avec le créancier qui la fait incarcérer, parce que toute convention par elle faite à cet égard se rattache à son commerce et se trouve ainsi protégée par l'autorisation générale que la femme a reçue de faire le commerce. La question concerne donc uniquement la femme non marchande publique incarcérée pour une cause quelconque : et cette question ne souffre pas de difficulté. On est généralement d'accord que si le mari refusait d'autoriser sa femme pour se tirer elle-même de prison, la femme pourrait recourir à l'autorisation de la justice, et partant que l'obligation consentie avec cette autorisation engagerait les biens de la communauté.

619. Mais aujourd'hui, pas plus qu'autrefois, la femme commune ne pourrait être autorisée à s'obliger et à engager les biens de la communauté pour retirer de prison un enfant né du mariage. On a dit avec raison que le mari, auquel seul appartient la puissance paternelle, peut avoir de justes motifs de ne pas rendre à la liberté un fils dérangé sur lequel il n'a plus le droit de correction, attendu sa majorité (2).

620. *Du cas où la femme, en l'absence du mari, s'oblige pour l'établissement des enfants communs.* — C'est une obligation com-

(1) V. notre t. II, n° 513.

(2) V. MM. Merlin, *Rép.*, v° *Autoris. marit.*, sect. VII, n° 13; Toullier, t. XII, n° 237; Dalloz aîné, t. X, p. 202, n° 19; Glandaz, *loc. cit.*, n° 182; Duranton, t. XIV, n° 301.

mune au mari et à la femme de pourvoir à l'établissement des enfants issus de leur mariage. Lorsque le mari est présent, c'est par lui que cette obligation est en général accomplie. Mais son absence ne doit pas avoir pour effet d'enlever aux enfants tout moyen d'établissement. Il appartient alors à la femme présente d'y pourvoir. C'est le deuxième cas nommément prévu par l'article 1427, et dans lequel l'autorisation maritale dont la femme a besoin pour s'obliger et engager les biens de la communauté est suppléée par l'autorisation de la justice.

621. Mais que doit-on entendre, dans le sens de l'art. 1427, par le mot *établissement* et par le mot *enfants* dont se sert cet article ?

Par le mot *établissement* on doit entendre non pas seulement un établissement par mariage, mais encore toute espèce de profession ou d'industrie de nature à assurer aux enfants les moyens de se suffire à eux-mêmes.

De même, le mot *enfants* est une expression générique dont le sens ne doit pas être limité aux enfants du premier degré.

Du reste, sous l'un et sous l'autre rapport, la question se reproduit sous le régime dotal à l'occasion des art. 1555 et 1556. Nous renvoyons, pour de plus amples détails, à notre commentaire sur ces articles (1).

622. Ajoutons, en terminant, que lorsque le mari, au lieu d'être absent ainsi que le prévoit l'art. 1427, est présent mais interdit, l'autorisation de justice ne suffit pas à elle seule pour que la femme puisse s'obliger et engager les biens de la communauté pour l'établissement des enfants communs. Il faut appliquer alors la disposition de l'art. 511, aux termes duquel : « Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du roi. »

N° 2. — *Dettes contractées par le mari.*

Sommaire.

623. Économie de la loi en ce qui concerne les actes du mari durant le mariage.

(1) V. notre t. II, nos 509, § 1er, et 510.

624. Les dettes mobilières ou immobilières contractées par le mari pendant le mariage, pour quelque cause que ce soit, tombent dans le passif de la communauté. Fondement du pouvoir, en quelque sorte absolu, attribué au mari sous ce rapport.

625. Dans les rapports de la communauté avec les tiers, ce pouvoir du mari s'étend à toutes les dettes, encore que la communauté n'en ait pas profité, encore même que les dettes n'aient pas été contractées pour les affaires de la communauté.

626. Mais dans les rapports des époux entre eux ou avec la communauté, le mari doit récompense toutes les fois que la dette a été souscrite par lui dans son intérêt personnel ou dans l'intérêt de ses père ou mère, ou de ses enfants d'un autre lit.

627. *Quid* lorsque la dette est contractée dans l'intérêt exclusif de la femme?

628. Et de l'obligation de garantie contractée par le mari envers l'acquéreur d'un immeuble propre de la femme vendu sans le consentement de celle-ci? — Renvoi.

629. Transition aux engagements procédant de crimes ou de délits commis par le mari. — Texte de l'art. 1424.

630. Cet article consacre le droit à une récompense en faveur de la femme dont le mari a été condamné à une *amende* pour *crime* n'emportant pas mort civile.

631. Mais la disposition doit être étendue à l'amende prononcée par suite d'un *délit* ou d'une *contravention;*

632. Ainsi qu'aux *réparations civiles*, aux *dommages-intérêts*, aux *frais* et aux *dépens* auxquels le crime, le délit ou la contravention a donné lieu.

633. Exception relativement aux quasi-délits et à la responsabilité civile qui pèse sur le père.

634. Des condamnations prononcées pour crime emportant mort civile. — Art. 1425.

635. Applications.

623. Le principe qui sert à déterminer la mesure dans laquelle les dettes contractées par la femme engagent la communauté, sert également à déterminer la mesure dans laquelle la communauté est tenue des dettes contractées par le mari durant le mariage. C'est parce que le mari seul est administrateur, qu'en thèse générale les actes de la femme ne peuvent, sans le consentement du mari, lier la communauté; c'est aussi parce que le mari est seul administrateur, qu'en thèse générale la communauté est tenue de toutes les dettes du mari, soit qu'il les ait contractées dans son intérêt personnel, dans l'intérêt d'un tiers ou dans l'intérêt de la communauté, soit que ces dettes existent par l'effet d'une convention, d'un quasi-contrat ou même d'un délit ou d'un quasi-délit (C. civ., 1409-2° et 1424).

Néanmoins, cette conséquence n'est pas plus absolue que ne l'est celle qui s'induit du même principe à l'égard des dettes

contractées par la femme. Elle règle les rapports de la communauté avec les tiers ou avec les créanciers, et détermine ainsi l'étendue du droit de poursuite appartenant à ces derniers ; mais elle doit être modifiée lorsqu'on envisage les rapports de la communauté avec les époux. Alors il faut distinguer : la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté, ou dans l'intérêt personnel du mari ; ou elle procède d'une convention dont le mari seul a profité ou d'un fait dont le mari seul est responsable. Dans le premier cas seulement, la communauté est tenue définitivement de la dette ; dans le second, la communauté n'en est tenue que sauf indemnité ou récompense, s'il y a lieu, de la part du mari.

Même dans les rapports de la communauté avec les tiers, la conséquence ci-dessus formulée souffre une exception dans le cas où la dette du mari procède d'une condamnation prononcée contre lui pour crime emportant mort civile : la condamnation, *alors*, ne frappe que la part du mari dans la communauté et ses biens personnels (art. 1425).

Telle est l'économie de la loi par rapport aux dettes contractées par le mari durant le mariage : il en faut suivre maintenant les détails et les applications.

624. En principe, toutes les dettes contractées par le mari pendant le mariage pour quelque cause que ce soit, sont des éléments du passif de la communauté. L'art. 1409 dit, en effet, que « la communauté se compose passivement.... ; 2° des dettes tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts contractées par le mari pendant la communauté...., sauf la récompense dans les cas où elle a lieu. » La loi ne distingue pas entre les dettes mobilières et les dettes immobilières, et sous ce rapport elle fait cesser le doute qu'avait fait naître l'art. 221 de la coutume de Paris (1) sur le point de savoir si la communauté devait acquitter les dettes même immobilières contractées par le mari. Sous cette expression générale *dettes*, l'art. 1409 comprend les dettes immobilières aussi bien que les dettes mobilières.

Ce droit presque absolu qu'a le mari de grever la commu-

(1) L'art. 221 de la coutume était ainsi conçu : « A cause de laquelle communauté le mary est tenu personnellement payer les dettes mobiliaires à cause de la femme; et en peut être valablement poursuivi durant le mariage. Et aussi la femme est tenue après le trépas de son mary payer la moitié des dettes mobiliaires faites et accrues par ledit mary tant durant ledit mariage qu'auparavant iceluy : Et ce jusques à la concurrence de la communauté, comme il sera dit cy-après. »

nauté, même la part éventuelle de la femme, et sans le consentement de celle-ci, pour le payement des dettes qu'il contracte, dérive, suivant Pothier, de ce que : « la femme, lorsque son mari contracte, est censée non en son propre nom, mais en sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui pour sa part en la communauté, même sans qu'elle en ait rien su et sans qu'elle puisse s'y opposer (1). » C'est aussi notre avis : nous considérons comme très-mal fondée la doctrine contraire de M. Toullier (2). Cet auteur combat ce système dans lequel, suivant lui, la femme donnerait à son mari le pouvoir de dissiper les biens de la communauté en profusions frivoles ou coupables ; pour lui, il fait dériver le droit du mari du texte de nos anciennes coutumes qui le déclaraient *vrai seigneur et seul propriétaire* des biens de la communauté. Nous avons dit ce qu'il faut penser de cette qualification inexacte déjà sous l'empire des coutumes, et qui d'ailleurs n'a pas été reproduite par le Code civil ; nous avons démontré l'impossibilité d'admettre aujourd'hui que, dans une société de biens, l'un des associés soit propriétaire exclusif de tous les biens de la société (3). En nous référant à cette démonstration, nous concluons ici que la présomption énoncée par Pothier donne seule une explication satisfaisante de l'étendue des pouvoirs attribués au mari, pouvoirs en vertu desquels il peut grever les biens de la communauté (4).

625. Cette présomption existe à l'égard de toutes les dettes contractées par le mari pendant la société conjugale. Il importe peu que la communauté en ait profité ou non ; il importe peu même que les dettes aient été contractées ou non pour les affaires de la communauté, comme dans le cas où le mari se serait, par pure générosité, rendu caution d'un ami insolvable (5). Dans toutes les hypothèses, le mari est personnellement débiteur ; et comme en principe quiconque a action contre le mari a action contre la communauté, les créanciers envers lesquels le mari s'est engagé peuvent poursuivre le payement de leurs créances tant sur les biens personnels du débiteur que sur les biens de la

(1) V. *Traité de la communauté*, n° 248.

(2) V. t. XII, nos 218 et suiv.

(3) V. *suprà*. nos 293 et suiv.

(4) Cependant nous ne donnons pas et le Code civil lui-même n'a pas donné à cette présomption toute l'étendue que lui assigne Pothier. V. ce que nous disons à cet égard *infrà*, n. 629, à l'occasion des délits commis par le mari pendant le mariage.

(5) V. Pothier, *De la communauté*, n° 248.

communauté. Leur action s'arrête seulement devant les biens personnels de la femme, qui, n'étant pas directement intervenue dans l'engagement souscrit par son mari, n'en peut pas être tenue sur ses biens personnels (1).

626. Mais si la communauté, sur la poursuite des créanciers, est tenue de satisfaire à tous les engagements résultant de conventions passées par le mari, ce n'est pas à dire qu'elle doive demeurer définitivement chargée de tous. La loi, tout en conférant au mari un droit d'administration presque absolu, pose cependant en principe que le mari ne peut s'avantager des biens de la communauté, au préjudice de la part qu'y doit avoir sa femme (C. civ., art. 1437). L'art. 1409 se réfère directement à ce principe lorsqu'il réserve une récompense s'il y a lieu en faveur de la communauté.

Donc, lorsqu'il s'agit de régler les rapports des époux entre eux et avec la communauté relativement aux conventions souscrites par le mari pendant la société conjugale, il faut toujours distinguer si la convention a été faite ou non dans l'intérêt de la communauté, si la communauté en a ou non profité. Quand la communauté a profité, le payement fait des deniers communs ne donne lieu à aucun recours ; quand elle n'a pas profité, le mari n'a pu payer des deniers communs sans se constituer par cela même débiteur envers la communauté : c'est dans ce cas qu'il y a lieu à la récompense expressément réservée par la loi.

Entre autres exemples de cas dans lesquels la communauté aurait *droit* à une récompense pour avoir payé une dette souscrite par le mari durant le mariage, on cite celui où la dette aurait eu pour cause l'affranchissement d'un droit de servitude dont l'héritage du mari était grevé ; ou l'engagement pris envers un architecte que le mari aurait chargé de faire construire un bâtiment sur un de ses immeubles propres.

On peut citer encore comme donnant également lieu à une récompense, les dettes que le mari aurait contractées en faveur de ses père et mère ou de ses enfants d'un précédent mariage, en tant que ces dettes auraient été acquittées des deniers de la communauté. Car, si le mari ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté, il ne peut, par cela même, avantager, au détriment de la communauté, des personnes qui, étant réputées in-

(1) Nous avons vu *suprà*, n. 605 et suiv., que sous ce rapport la situation est différente lorsque l'engagement a été souscrit par le mari et par la femme solidairement ou même conjointement.

terposées (art. 911), laisseraient la convention sous l'empire d'une présomption d'après laquelle cette convention ne pourrait être considérée que comme faite dans l'intérêt personnel du mari. L'art. 1469 confirme virtuellement cette solution lorsqu'il décide que « chaque époux ou son héritier rapporte les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun. »

D'ailleurs, les motifs mêmes sur lesquels nous fondons notre solution ne nous permettraient pas de lui donner toute l'extension que lui donnait Pothier. D'après cet auteur, le mari devrait également récompense à la communauté quand même l'héritier présomptif auquel il aurait constitué une dot payée avec les valeurs mobilières de la communauté serait un héritier dans la ligne collatérale. La présomption légale d'interposition de personnes ne s'étendant point aux héritiers présomptifs en ligne collatérale, l'engagement pris par le mari de donner une certaine somme pour la dot, est, dans ce cas, une dette de la communauté. Ceci rentre dans la pensée de l'art. 1422, qui, différent de l'ancienne jurisprudence d'après laquelle le mari ne pouvait disposer à titre gratuit et particulier des effets de la communauté au profit de ses héritiers présomptifs même collatéraux, permet, au contraire, de disposer des effets mobiliers de la communauté à titre gratuit et particulier *au profit de toutes personnes* (1).

627. Que si la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt exclusif de la femme, elle n'entre pas moins dans le passif de la communauté ; mais la femme en devrait récompense au mari ou à ses héritiers, même si elle renonçait à la communauté. En effet, lorsque la femme renonce, le fonds social appartient pour le tout au mari ou à ses héritiers : donc la femme s'enrichirait à leurs dépens si elle ne leur tenait compte des dettes payées à sa décharge par la communauté.

628. Ici se présenterait la question de savoir si l'obligation de garantie contractée par le mari envers un acquéreur auquel il vend, pendant la communauté, un héritage propre de sa femme sans le consentement de celle-ci est une dette personnelle ou si c'est une dette de la communauté. Mais la question

(1) V. *Conf.* MM. Merlin, *Rép.*, v° *Communauté*, § 5, n° 5 ; Toullier, t. XII, n° 230; Dalloz aîné, t. X, p. 200, n° 14; Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté conjugale*, n° 165.

se rattache d'une manière toute particulière aux pouvoirs du mari considéré comme administrateur : nous en renvoyons par ce motif l'examen à la section suivante, où nous traitons de l'administration de la communauté (1).

Nous passons aux obligations qui procèdent d'un délit ou d'un quasi-délit.

629. A cet égard, l'ancienne jurisprudence avait consacré des principes que le Code civil n'a pas pleinement confirmés.

Ici encore, on suivait, en principe, l'influence de cette présomption d'après laquelle la femme, par rapport aux engagements conventionnels, était censée, en sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec son mari pour sa part dans la communauté. Pothier (2) disait, en effet : « Lorsque le mari a commis un délit pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, que sa femme, qui n'y a eu aucune part, soit censée l'avoir commis avec lui; mais elle n'en est pas moins censée s'être obligée avec lui, en sa qualité de commune, à la réparation du délit, pour sa part, en la communauté : cette réparation est une dette de la communauté quoiqu'elle n'ait profité aucunement du délit. Par exemple, si le mari, durant le mariage, a, dans une rixe, grièvement blessé quelqu'un envers qui il a été condamné en une certaine somme pour réparation civile, la communauté est tenue de cette dette. Elle est pareillement tenue des amendes auxquelles le mari est condamné durant le mariage, soit en matière de police, soit en matière criminelle. »

Les rédacteurs du Code civil ont pleinement rejeté cette idée d'un mandat étendu par la doctrine de Pothier bien au delà d'une juste et raisonnable limite. L'art. 1424 dit, en effet : « Les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile, peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme; celles encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue-propriété de ses biens personnels tant que dure la communauté. »

Ainsi la loi distingue entre les amendes encourues par la femme et les amendes encourues par le mari. Quant à la femme, comme elle ne peut obliger la communauté même par des actes licites lorsque ces actes sont faits sans le consentement du mari, elle ne pouvait à plus forte raison obliger la communauté par des actes illicites; en conséquence, la loi ne permet même pas

(1) V. *infrà*, n° 686.
(2) V. *De la communauté*, n° 248.

de poursuivre sur les biens de la communauté les amendes encourues par la femme : c'est un point que nous avons déjà établi (1).

Quant au mari, si l'amende encourue par lui peut conférer le droit de poursuite même sur les biens de la communauté, il n'en demeure pas moins définitivement chargé seul de la condamnation en vertu du principe de récompense que la loi pose en faveur de la femme. Donc si d'une part le mari a le pouvoir d'obliger la communauté par suite de ses contrats ou de ses actes licites, d'une autre part, il n'a le pouvoir d'obliger *définitivement* ni la femme ni la communauté par l'effet de ses actes illicites. Le législateur a pensé, avec raison, que le mandat que l'on suppose donné par la femme au mari, implique pour le mari le pouvoir de *contracter* pour sa femme en qualité de commune et non celui de *délinquer*.

Cela posé, venons au commentaire de l'art. 1424.

630. Cet article a consacré, en faveur de la femme, le droit à une récompense, qui, bien entendu, peut être réclamée seulement dans le cas d'acceptation de la communauté ; car si la femme renonçait, la communauté lui deviendrait entièrement étrangère : la femme ne souffrirait donc aucun préjudice par l'effet des poursuites dont le fonds social serait l'objet.

Mais le principe de la récompense n'a été textuellement appliqué qu'aux *amendes* encourues par le mari pour *crimes* n'emportant pas mort civile. De là, la question de savoir si l'art. 1424 est restrictif ; ou bien si la disposition en doit être étendue d'une part aux amendes encourues par le mari pour délits ou contraventions, et, de l'autre, aux réparations civiles, aux dommages-intérêts, ainsi qu'aux dépens prononcés contre lui et aux frais faits pour le contraindre à les payer.

631. D'abord, il ne nous paraît pas douteux que le mot *crime* employé dans l'art. 1424 ne comprenne les délits et les contraventions. Ce mot a été pris dans un sens générique. A l'époque où fut rédigé le titre du *contrat de mariage*, la classification des faits illicites en crimes, délits et contraventions, n'était encore ni arrêtée ni même connue. On ne peut donc pas supposer que le législateur ait entendu s'y référer lorsqu'il a formulé l'article 1424. D'ailleurs, l'amende prononcée contre l'auteur d'un délit ou d'une contravention est la peine pécuniaire de ce délit ou de cette contravention, de même que l'amende prononcée

(1) V. *suprà*, n. 387.

contre l'auteur d'un crime est la peine pécuniaire de ce crime. Or, toutes les peines sont essentiellement personnelles. Donc, que l'amende soit le résultat d'un crime, d'un délit, d'une contravention, l'auteur seul, le mari en doit rester chargé : il y aurait une souveraine injustice si la communauté l'avait supportée, à contester à la femme son droit à la récompense (1).

632. Nous croyons également que la récompense est due à la femme, si la communauté a payé à la décharge du mari les réparations civiles ou les dommages-intérêts et les dépens prononcés contre ce dernier à l'occasion d'un délit dont il s'est rendu coupable.

Ceci néanmoins présente plus de difficulté. On a soutenu, en effet, que les dommages-intérêts et les dépens constituent non pas une peine comme l'amende, mais l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi civile (C. civ., art. 1382) ; on a dit, en outre, que les réparations obtenues en cause criminelle par l'un des époux entrent dans la communauté et profitent pour la moitié à la femme acceptante (2), d'où semblerait résulter, par une juste réciprocité, que la femme, en tant que commune, doit supporter pour sa part ces réparations lorsque la condamnation en est prononcée contre le mari envers le tiers contre lequel le délit a été commis par le mari; enfin on s'est prévalu de la différence de rédaction existante entre l'art. 1425 et l'art. 1424, le premier, dont nous parlerons bientôt, qui, à l'égard des crimes emportant mort civile, affranchit la communauté des *condamnations*, l'autre qui ne parle que des amendes (3).

Ces considérations ne suffisent pas, à notre avis, pour justifier une solution qui fait peser sur la femme la solidarité d'un méfait auquel elle n'a pris aucune part, et qui, lorsqu'elle est déjà blessée dans sa plus juste susceptibilité, vient ajouter encore à un malheur immérité en la frappant dans sa fortune. D'ailleurs,

(1) Cela est unanimement admis. V. MM. Duranton, t. XIV, n° 298 ; Taulier, t. V, p. 91 ; Odier, t. I, n° 244. — M. Zachariæ excepte toutefois les amendes de discipline encourues par le mari dans l'exercice des fonctions dont il est revêtu. V. t. III, p. 441. Cela nous semble aussi sans difficulté.

(2) C'est un point que nous avons établi déjà sur l'autorité d'un arrêt rendu par la cour de Colmar, le 11 avril 1828. V. *suprà*, n. 370.

(3) V. en ce sens, Douai, 30 janvier 1840 (aff. Legeu). V. aussi MM. Toullier, t. XII, n^os^ 224 et 225; Zachariæ, t. III, p. 441, et note 17 ; Dalloz, t. X, p. 200, n° 13; Glandaz, *loc. cit.*, n° 162; Odier, t. I, n° 244. Tel paraît être aussi l'avis de M. Valette, du moins d'après le commentaire de M. Boileux, t. III, p. 55, note 5.

il faut le dire, aucun des motifs de la solution que nous combattons ne résiste à un sérieux examen.

Les réparations civiles prononcées contre le mari, dans le cas dont il s'agit, peuvent bien, sans doute, être considérées comme une dette et non comme une peine. Mais cette distinction importe peu à la solution de la question. Il suffit de faire remarquer, pour détruire l'objection, que les dommages-intérêts, les dépens et les frais sont, aussi bien que les amendes, des conséquences immédiates du crime ou du délit commis par le mari, qu'ils dérivent de la même cause : et partant que si, en considération de cette cause même, la femme est affranchie de toute contribution à l'amende, il n'y a pas de motif pour qu'on ne l'affranchisse pas aussi de toute contribution aux réparations civiles, aux dommages-intérêts.

Mais, dit-on, si ces dommages eussent été accordés au mari, la femme, en tant que commune, en aurait profité. Qu'importe cela? Il n'y a pas de corrélation rationnelle entre les dommages accordés au mari et ceux dont il encourt la condamnation. Si les premiers tombent dans la communauté et profitent à la femme, c'est qu'elle a souffert aussi bien que le mari du préjudice causé à ce dernier par le crime ou le délit dont il a eu à se plaindre. Mais aucun fait ne peut être personnellement reproché à la femme quand le mari est condamné à des dommages à l'occasion d'un crime ou d'un délit qu'il a seul commis. Comment donc pourrait-elle supporter une part quelconque dans la condamnation?

Il y a donc même raison d'accorder à la femme le droit de demander récompense pour les réparations civiles et les dépens auxquels le mari a été condamné par suite d'un crime ou d'un délit, que pour les amendes qui sont la conséquence de ce crime ou de ce délit. Si le législateur parle seulement des amendes dans l'art. 1424, ce ne peut être que par un oubli que l'on ne saurait tourner contre la femme sans consacrer une injustice. Le mot générique *condamnation* employé dans l'art. 1425 doit être suppléé dans l'art. 1424 (1).

Ajoutons, d'ailleurs, que l'art. 1424 a eu pour objet d'introduire un droit nouveau. Or, dans les anciens principes, il n'y

(1) La majorité des auteurs s'est prononcée en ce sens. V. MM. Delvincourt, t. III, p. 18; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n. 371; Bellot, t. II, p. 433 et 437; Battur, t. I, n° 316; Duranton, t. XIV, n° 298; Taulier, t. V, p. 91-92; Cubain, n° 194; Gilbert, *Code ann.*, art. 1424, n. 2.

avait aucune distinction entre l'amende et la réparation civile : l'une et l'autre étaient à la charge de la communauté sans récompense ainsi qu'on l'a vu par le passage ci-dessus reproduit de Pothier. Lors donc que rien dans la discussion de la loi n'indique la pensée d'une distinction, on doit raisonnablement supposer que le changement introduit par le législateur moderne a été complet et non pas partiel.

633. Toutefois, cette solution ne s'applique pas aux dépens et aux réparations civiles dus par le mari, par suite d'un quasi-délit. Ces dépens et ces réparations civiles sont à la charge de la communauté, sans récompense en faveur de la femme. Les quasi-délits, on l'a dit avec pleine raison, sont plus ou moins inséparables de toute administration, de toute existence ; ils constituent, en quelque sorte, une éventualité normale dont la communauté ne saurait raisonnablement répudier les conséquences (1).

La communauté doit supporter encore sans récompense les dommages-intérêts et les dépens dus par le mari comme civilement responsable du délit ou du quasi-délit commis par un enfant commun : le dommage pour la communauté procède ici de l'enfant et non pas du mari. M. Bellot étend la solution même au cas où l'auteur du délit serait l'enfant d'un premier lit, soit que cet enfant appartînt à la femme, soit qu'il appartînt au mari. Cet auteur se fonde sur ce que la communauté est tenue de l'entretien, de la nourriture et de l'éducation de ces enfants (2). Nous n'allons pas jusque-là : la responsabilité civile basée sur un fait postérieur au second mariage ne fait assurément pas partie de l'entretien, et si elle se rattache à l'éducation, elle ne s'y rattache que fort indirectement (3).

Occupons-nous maintenant des condamnations prononcées contre l'un des époux pour crime emportant mort civile.

634. A cet égard, le Code civil a confirmé les principes qui, sur l'autorité de Dumoulin, avaient prévalu dans l'ancienne jurisprudence. Ces principes, d'ailleurs, avaient été longtemps méconnus. Lebrun dit en effet : « On peut dissiper le fonds de la communauté non-seulement en contractant, mais encore en commettant quelque faute ou quelque crime qui produit des réparations civiles ou la confiscation, ce qui peut arriver par le fait

(1) V. M. Taulier, t. V, p. 92.
(2) V. *Contrat de mariage*, t. I, p. 439.
(3) *Sic* M. Taulier, t. V, p. 92-93.

du mari. Dans les commencements on se laissa prévenir d'une erreur, que le mari étant maître de la communauté, non-seulement pouvait en dissiper le fonds par des amendes ou des réparations civiles qu'il encourait, mais qu'il pouvait la confisquer tout entière. Il y eût même des coutumes qui, suivant cet abus, donnèrent seulement à la femme, au cas que le mari eût confisqué les biens de la communauté, quelque provision sur les meubles et conquêts confisqués, comme la coutume de Bretagne, art. 446 de la réformation et 425 de l'ancienne. M. Charles du Molin s'éleva fort contre cet abus, comme on voit en la note sur l'art. 12 de la coutume de Laon, qui porte que le mari ne confisque que sa part des effets de la communauté, sur lequel il dit : *æquissima consuetudo et secundum sententiam quam semper a 40 annis contra veterum rigidum stilum propugnavi Parisis in senatu* (1). » Cette doctrine, ainsi soutenue par Dumoulin, se généralisa, et l'on finit par admettre en principe que « le mari ne confisque que sa part dans la communauté. » C'est aussi la doctrine que le Code civil a fait prévaloir dans l'art. 1425, où on lit : « Les condamnations prononcées contre l'un des deux époux pour crime emportant mort civile, ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels. »

635. Cet article ne fait, comme on le voit, aucune différence entre le mari et la femme. Lorsque le crime emportant mort civile a été commis par la femme, les condamnations qui en sont la conséquence, c'est-à-dire les amendes, les dommages-intérêts, les dépens et les frais, car tout cela est compris dans l'expression générique de condamnations, ne frappent que sa part dans la communauté et ses biens personnels. De même, lorsque le crime emportant mort civile est commis par le mari, les condamnations ne frappent aussi que ses biens personnels et sa part dans la communauté. Sous ce dernier rapport, la loi modifie le principe posé dans l'art. 1424, d'après lequel les condamnations prononcées contre le mari peuvent être poursuivies sur tous les biens de la communauté, sauf récompense en faveur de la femme. Pourquoi cette dérogation ? On n'en peut guère donner d'autre motif que celui qui, sous l'ancienne jurisprudence, avait fait prévaloir les doctrines de Dumoulin. « La raison pour laquelle, dit Pothier (2), la communauté n'est pas tenue de l'amende pro-

(1) V. Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. II, sect. III, n° 1.

(2) *De la communauté*, n° 249. V. aussi Bacquet, *Des droits de justice*, ch. XV, n° 84 ; Lebrun, *loc. cit.* ; Renusson, *De la communauté*, part. Ire,

noncée contre le mari par un tel jugement, est que ce jugement faisant perdre de plein droit au mari son état civil, opère de plein droit la dissolution de la communauté : d'où il suit qu'on ne peut pas dire que la dette de cette amende ait été contractée durant la communauté, puisque le jugement qui la prononce et par lequel la dette de cette amende a été contractée, avait opéré la dissolution de la communauté... Il y a plus de difficulté à l'égard de la réparation civile à laquelle le mari a été condamné envers une partie civile... Ce n'est pas le jugement de condamnation qui a produit cette dette, il n'a fait que la liquider. Néanmoins on juge favorablement que, lorsque la réparation civile est prononcée par un jugement capital, la communauté n'en est tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en aurait profité. » Ce sont probablement ces mêmes considérations qui ont déterminé la disposition de la loi.

Toutefois, on ne peut se dissimuler que cette disposition ainsi expliquée est inconciliable avec les principes de la législation actuelle. En effet, d'après ces principes, les réparations civiles et l'amende sont dues les premières du jour du crime, la seconde du jour de la condamnation, tandis que la mort civile, et partant la dissolution de la communauté, date seulement du jour où le jugement est exécuté si la condamnation est contradictoire, et de l'expiration de cinq ans à partir de l'exécution par effigie, si la condamnation est par contumace (C. civ., art. 26 et 27). Ainsi la dissolution de la communauté n'a lieu que lorsque le mari est déjà débiteur soit de l'amende, soit des réparations civiles prononcées à l'occasion d'un crime emportant mort civile. Comment donc se fait-il que la communauté, dans ce cas, ne soit pas obligée comme elle l'est dans le cas de condamnation du mari pour crime n'emportant pas mort civile, sauf la récompense en faveur de la femme? C'est ce qu'il est difficile d'expliquer théoriquement.

Aussi décide-t-on généralement d'après l'esprit plutôt que d'après la lettre de la loi. Ainsi, lorsque le recouvrement de l'amende ou le payement des réparations civiles sont poursuivis avant l'époque signalée par la loi comme point de départ de la mort civile, on tient que les poursuites peuvent être effectuées sur les biens du mari et sur ceux de la communauté, sauf le droit qu'a la femme de demander immédiatement la séparation, indé-

ch. VI, nos 34 et suiv. ; Bourjon, *Droit commun*, t. I, p. 569-570; Pocquet Livonnière, liv. IV, ch. I, no 24.

pendamment de son droit à une récompense à la dissolution de la communauté. D'après cela, l'art. 1425 ne reçoit son application exacte et littérale que dans le cas où les poursuites ne sont exercées que lorsque la mort civile existe déjà. Jusque-là il est manifestement impossible de limiter l'action sur *la part* du mari dans la communauté, puisque cette communauté dure encore.

ART. 4. — *Des arrérages et intérêts des rentes ou des dettes personnelles; des réparations usufructuaires et des autres charges du mariage.*

Sommaire.

636. Division.
637. 1° Des intérêts et des arrérages des dettes ou des rentes personnelles aux époux. — Art. 1409, n° 3.
638. Application de la règle.
639. La communauté supporte également les intérêts et les arrérages des biens appartenant aux enfants et dont le père a la jouissance.
640. Les époux peuvent-ils convenir que ces charges diverses ne pèseront pas sur la communauté? Renvoi.
641. 2° Des réparations usufructuaires sur les immeubles propres aux époux. — Art. 1409, n° 4.
642. Les grosses réparations demeurent à la charge de l'époux propriétaire; à moins, s'il s'agit d'un immeuble propre de la femme, qu'elles aient été occasionnées par le défaut de réparations usufructuaires. — Explication et limite de la règle.
643. *Quid*, lorsque c'est sur un immeuble propre du mari que le défaut de réparations usufructuaires a occasionné de grosses réparations?
644. 3° Des aliments des époux, de l'éducation des enfants et des autres charges du mariage. — Art. 1409, n° 5.
645. L'entretien des enfants est une charge de la communauté même lorsqu'il s'agit d'enfants nés d'un précédent mariage.
646. L'entretien et l'éducation des enfants communs est une obligation personnelle à chacun des époux.
647. La communauté est tenue des pensions alimentaires dues par l'un ou par l'autre époux dans les termes des art. 205 et 206 du C. civ.
648. Elle supporte également les frais de dernière maladie de l'un des conjoints, mais non les frais funéraires.
649. *Quid* des frais de scellés, d'inventaire, de liquidation et de partage.

636. Indépendamment des dettes qui font l'objet des trois articles précédents, la communauté, en sa qualité d'usufruitière des biens propres à chacun des époux, supporte sans récompense toutes les dettes qui sont considérées comme charges des fruits. L'art. 1409 place dans cette catégorie, 1° les intérêts et

arrérages échus pendant le mariage des dettes ou des rentes personnelles à l'un des époux ; 2° les réparations usufructuaires ; 3° les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toutes autres charges du mariage.

Nous compléterons nos observations sur la composition du passif de la communauté en reprenant successivement ces dernières dettes dont la loi charge le fonds commun.

637. *Intérêts et arrérages des dettes ou des rentes personnelles aux époux.* — Nous avons dit à l'art. 1er de ce paragraphe, que la communauté est tenue, tant en capital qu'intérêts ou arrérages, de toutes les dettes mobilières, contractées par les époux antérieurement au mariage. On a vu cependant que parmi les dettes antérieures au mariage, il en est dont le capital ne tombe point dans le passif de la communauté, et dont les époux restent personnellement débiteurs. La loi qualifie ces dettes de personnelles, et M. Toullier les appelle des *propres fictifs*. Mais, comme la communauté profite des revenus des biens propres de chacun des époux, des arrérages des rentes et des intérêts des capitaux appartenant à chacun d'eux, elle devait, par une juste réciprocité, supporter les arrérages des rentes et les intérêts des dettes qui, celles-là pour le fond du droit et celles-ci pour les capitaux, demeurent à la charge personnelle de l'un ou de l'autre époux. Et, en effet, aux termes de l'art. 1409, n° 3, la communauté se compose passivement « des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux. »

638. Ainsi la communauté doit acquitter sans récompense, les intérêts du prix d'un immeuble acheté avant le mariage par l'un des époux et qui lui est resté propre ; les arrérages ou intérêts des rentes ou des sommes que doit l'un des époux pour soulte ou retour d'un lot en immeubles qui continuent de lui appartenir ; les intérêts d'une dette dont il est débiteur comme détenteur de l'immeuble hypothéqué ; les arrérages et intérêts de toute rente ou de toute somme qui est à la charge personnelle de l'un des époux comme relative à des biens meubles ou immeubles à lui propres ; enfin, tout ce qui est charge de fruits, comme sont les contributions.

639. La communauté doit également supporter les arrérages des rentes et les intérêts des dettes dont sont grevés les biens personnels des enfants communs ou des enfants du mari âgés de moins de dix-huit ans accomplis et non émancipés : car, dans le premier cas, la jouissance de ces biens appartient aux époux ; dans le second, elle appartient au mari même remarié ; et cette

jouissance profite nécessairement à la communauté (C. civ., articles 385 et 386).

640. Remarquons que les intérêts et les arrérages dont nous venons de parler sont si bien une charge de la communauté, que certains auteurs, anciens ou modernes, ont pensé que ceux qui courent pendant la durée de la société conjugale ne pourraient pas, même par une convention renfermée dans le contrat de mariage, être retranchés du passif. Selon nous, on ne doit pas aller jusque-là : nous l'établirons en traitant spécialement de la clause de séparation de dettes (1).

641. *Réparations usufructuaires*. — La communauté, en tant qu'usufruitière des biens de chacun des époux, a la jouissance des biens immeubles que chacun d'eux a conservés en propre : elle devait donc avoir à sa charge les réparations que la loi met à la charge d'un usufruitier. Aussi, la quatrième disposition de l'article 1409 indique-t-elle que la communauté se compose passivement « des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté. »

Les réparations usufructuaires, autrement appelées *réparations d'entretien*, sont celles qui ont pour objet de maintenir les immeubles en bon état selon leur nature, et de procurer à l'usufruitier tous les fruits ou tous les revenus que les immeubles sont susceptibles de produire. La ligne de démarcation entre ces réparations et celles qu'on appelle *grosses réparations*, est nettement tracée dans l'art. 606 du Code civil. Ainsi, d'après cet article, toutes les réparations autres que celles consistant dans le rétablissement des gros murs, des voûtes, des poutres et des couvertures entières, des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier, sont des réparations usufructuaires que la communauté supporte sans récompense de la part de l'époux propriétaire.

642. Les grosses réparations que la vétusté ou qu'un cas fortuit ont rendues nécessaires demeurent à la charge de l'époux propriétaire (2). La communauté qui les paye fait une avance

(1) V. notre t. II, n° 209.

(2) A plus forte raison en est-il ainsi de la reconstruction d'une maison propre à l'un des époux. La cour de Paris a très-bien jugé que la reconstruction d'une maison propre à la femme commune n'est pas de la part du mari un acte d'administration, à la charge exclusive de la communauté; mais toutefois que la femme n'est obligée, en raison de cette reconstruction, qu'autant qu'elle y a consenti, soit expressément, soit tacitement ; par exemple, en

dont il doit lui être tenu compte. Néanmoins, si les grosses réparations faites à un immeuble propre de la femme avaient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, comme elles auraient pour cause la faute du mari, elles seraient à la charge de la communauté. C'est une application de l'art. 605 qui met les grosses réparations à la charge de l'usufruitier, lorsqu'elles ont été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien.

Toutefois, si, à la dissolution de la communauté, l'immeuble de la femme avait acquis une plus value par l'effet des grosses réparations, la femme en devrait récompense eu égard à la plus value telle qu'elle existerait à ce moment de la dissolution. Au contraire, si à la dissolution de la communauté l'immeuble avait subi une dépréciation provenant de ce que les réparations d'entretien ou les grosses réparations n'auraient pas été faites en temps utile, la communauté alors devrait indemniser la femme.

Les principes conduisent à cette solution. Cependant, il a été reconnu que les époux peuvent la modifier pendant la communauté par une convention spéciale. La cour de Poitiers a jugé, en ce sens, que les époux sont libres, pendant le cours de leur communauté, de convenir qu'ils se tiennent respectivement quittes des réparations ou améliorations faites jusqu'au jour de la convention, sur leurs biens personnels, et néanmoins que si cette stipulation contenait une donation déguisée au profit de l'un des époux, elle serait réductible à la quotité disponible (1).

643. Lorsque c'est sur l'immeuble même du mari que le défaut de réparations d'entretien a occasionné de grosses réparations faites pendant la durée de la communauté, le mari doit récompense des sommes prises dans le fonds commun pour cet objet. Toutefois, à supposer que les grosses réparations n'eussent pas été faites, le mari n'aurait aucune indemnité à réclamer : car c'est une négligence qu'il ne peut imputer qu'à lui-même, et dont la communauté n'a d'ailleurs retiré aucun avantage.

Quelques auteurs enseignent cependant que, dans ce dernier cas, le mari serait fondé à réclamer une indemnité en tant qu'il aurait épargné à la communauté les frais nécessaires pour les réparations d'entretien, réparations qui sont toujours, comme nous l'avons dit, à la charge de la communauté (2). Nous ne par-

prenant part à la direction des travaux. Arrêt du 4 janvier 1842 (aff. Hérodier et autres).

(1) V. Poitiers, 19 février 1829 (aff. Chevreau).

(2) V. MM. Toullier, t. XIII, n° 163, et Duranton, t. XIV, n° 261.

tageons pas cet avis. Si la communauté n'a pas contribué à des dépenses qu'elle aurait pu supporter, le défaut de réparations usufructuaires a inévitablement diminué les revenus de l'immeuble ; la communauté s'est appauvrie. Ainsi l'avantage qui est résulté pour elle de ce qu'elle n'a point fourni de fonds pour subvenir aux réparations d'entretien se compense avec la perte que lui a fait subir la négligence du mari : et cette compensation est exclusive de tout droit à une indemnité en faveur du mari (1).

644. *Aliments, éducation des enfants et autres charges du mariage.* — Enfin, d'après la dernière disposition de l'art. 1409, la communauté se compose passivement « des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants et de toute autre charge du mariage. » La prestation des aliments et en général les autres charges du mariage, sont de leur nature, comme les arrérages des rentes viagères, charge des fruits : à ce titre, elles devaient naturellement peser sur la communauté à qui ces fruits appartiennent.

645. Du reste, la prestation des aliments et l'obligation de pourvoir à l'éducation des enfants est une charge de la communauté, non pas seulement lorsqu'il s'agit des enfants communs, mais encore des enfants que l'un des époux a eus d'un précédent mariage (2). Le législateur n'a pas fait et ne pouvait pas faire de distinction à cet égard. L'obligation pour l'époux qui a des enfants d'un précédent mariage de subvenir à leur entretien et à leur éducation, est une dette essentiellement mobilière ; dette dont il était grevé au jour de la célébration de son nouveau mariage, et qui, par cela même, est entrée dans le passif de la communauté, aux termes de l'art. 1409, n° 1.

Cependant l'entretien et l'éducation des enfants d'un précédent mariage ne sont à la charge de la communauté que si ces enfants n'ont pas de biens personnels ou que, s'ils en ont, l'époux leur père a l'usufruit légal de ces biens. En effet, si ces enfants ont des biens personnels dont ils jouissent et si les revenus de ces biens sont suffisants, la communauté ne saurait, à aucun titre, être tenue des frais de leur entretien et de leur éducation (3).

646. L'entretien et l'éducation des enfants communs consti-

(1) V. en ce sens M. Taulier, t. V, p. 76.
(2) V. *Conf.*, Caen, 29 mars 1841 (aff. Coppin).
(3) V. comme analogue en ce sens Trèves, 20 janvier 1812 (aff. Fieffe).

tuent une obligation personnelle pour chacun des époux. Il a été jugé, en conséquence, que les enfants peuvent même, durant la communauté, s'adresser directement à la mère aussi bien qu'au père (1). Telle est aussi l'opinion de M. Delvincourt (2). Mais cet auteur fait remarquer que si les époux étaient mariés sous le régime dotal, et que s'il y avait eu une dot constituée, c'est au mari seul que la charge serait dévolue parce que la dot est donnée au mari précisément pour soutenir les charges du mariage, parmi lesquelles figurent l'entretien et l'éducation des enfants. Nous reviendrons sur ce point en traitant du régime dotal (3).

647. La communauté devant supporter toutes les charges du mariage, elle est tenue aussi des pensions alimentaires dues par l'un et l'autre époux à leurs père, mère et autres ascendants, ainsi qu'à leurs beau-père et belle-mère, à leur gendre et à leur *bru, conformément aux art.* 205 et 206 du Code civil.

648. On doit encore considérer comme une charge de la communauté les frais de dernière maladie de l'un des conjoints (4). Mais les frais funéraires doivent être supportés par la succession du conjoint prédécédé et non par la communauté. La raison est qu'au moment où ces frais sont faits, la communauté n'existe plus. C'est par le même motif que le deuil de la veuve ne peut être pris sur la communauté : le législateur l'a mis à la charge des héritiers du mari (C. civ., art. 1481).

649. Cependant il est des frais qui, bien que faits après la dissolution de la communauté, restent à sa charge : tels sont les frais de scellés et d'inventaire des effets de la communauté, ces frais eussent-ils été requis par la femme qui, plus tard, renoncerait (5) ; tels sont encore les frais de liquidation et de partage et ceux faits pour y parvenir (C. civ., art. 1482).

(1) V. Colmar, 7 août 1813 (aff. N... V...).
(2) V. aux notes, t. I, p. 222, note 9.
(3) V. notre t. II, n° 698.
(4) V. Bastia, 26 février 1840 (aff. Pieraggi).
(5) V. *Conf.* Rouen, 1er juillet 1841 (aff. N...).

SECTION II.

ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DES BIENS PERSONNELS DES ÉPOUX.

Sommaire.

650. Transition.
651. Les dispositions de la loi relatives à l'administration embrassent plusieurs ordres d'idées.
652. Il en est plusieurs qui ont été développées. — Renvoi.
653. Division de la matière.

650. Après avoir statué sur la composition de l'actif et du passif de la communauté, après avoir soigneusement déterminé quels sont, parmi tous les biens possédés par les époux au moment du mariage ou par eux acquis pendant la durée de la société conjugale, ceux qui sont attribués au fonds commun et ceux qui demeurent la propriété personnelle des époux, le législateur s'occupe de l'administration de ces différents patrimoines. Tel est l'objet des art. 1421 et suivants jusques et y compris l'art. 1440 du Code civil.

651. Par la force même des choses, cette matière embrasse plusieurs ordres d'idées; et, en effet, elle contient des dispositions complexes. La loi détermine d'abord l'étendue des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté (art. 1421 à 1423); elle fixe la position de la femme (art. 1426, 1427); elle s'occupe de l'administration des biens personnels des époux, notamment de l'administration des propres de la femme (articles 1428 à 1430); elle traite de certains engagements du mari ou de la femme, soit que ces engagements procèdent de conventions spéciales (art. 1431 et 1432), soit qu'ils procèdent de crimes ou de délits commis par l'un ou par l'autre (art. 1424 et 1425); elle trace des règles sur les récompenses dues par la communauté à l'un des époux (1433 à 1436) ou par l'un des époux à la communauté (art. 1437); enfin elle règle les constitutions de dot faites au profit des enfants, par le père ou par la mère, pendant la durée de la communauté (art. 1438 à 1440).

652. De ces dispositions diverses, bon nombre ont déjà fait l'objet de notre examen. Ainsi, nous nous sommes successivement occupés, dans notre chapitre des dispositions générales, de tout ce qui a rapport aux constitutions dotales (1), et en trai-

(1) V. *suprà*, ch. I, sect. V, n. 87 et suiv.

tant du passif de la communauté, de tout ce qui a trait soit aux dettes résultant de crimes ou de délits commis par l'un des deux époux (1), soit à la position de la femme dans la société conjugale (2), soit enfin à certains engagements du mari ou de la femme (3).

653. Nous n'aurons donc à nous occuper ici que de l'administration proprement dite et de ce qui s'y rattache intimement. Nous traiterons donc successivement dans trois paragraphes distincts, de l'administration de la communauté, de l'administration des biens personnels des époux et des récompenses. Nous dirons ensuite dans un quatrième paragraphe quelles sont les règles spéciales à l'administration de la communauté en cas d'absence déclarée de l'un des deux époux.

§ 1er. De l'administration de la communauté.

Sommaire.

654. Le mari seul a l'administration des biens de la communauté : c'est un principe d'ordre public, art. 1421.
655. Par conséquent la femme est dépouillée de ce droit.
656. Comme administrateur légal, le mari peut tout en général à l'égard des tiers ; par rapport à la femme les pouvoirs du mari trouvent dans le droit de co-propriété de son associée une limite naturelle : le mari ne peut s'enrichir ni enrichir les siens au préjudice de la communauté.
657. Ainsi, le mari a relativement aux aliénations à titre onéreux un droit absolu que la femme ne peut pas restreindre même dans son contrat de mariage en se réservant la faculté de consentir à ces aliénations. Renvoi.
658. Applications du principe.
659. Suite.
660. De même qu'il peut aliéner à titre onéreux, de même le mari peut transiger.
661. Mais, en principe, il ne peut pas donner entre vifs à titre gratuit. Texte de l'art. 1422.
662. Il ne le peut pas même avec le concours de la femme à l'acte de donation. — Controverse.
663. Cependant le principe que le mari ne peut donner à titre gratuit est sujet à deux exceptions.
664. 1° Le mari peut disposer soit d'un immeuble de la communauté, soit d'une universalité ou d'une quotité de meubles, soit même de toute la communauté pour l'établissement des enfants communs.

(1) V. *suprà*, nos 629 à 635.
(2) V. *suprà*, nos 600 à 604 et 611 à 622.
(3) V. *suprà*, nos 589 et 605 à 608.

665. 2° Le mari peut disposer au profit de toutes personnes d'effets mobiliers à titre particulier, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.
666. Dans quels termes et sous quelles conditions cette donation peut-elle être faite?
667. Hors ces deux exceptions, la prohibition d'aliéner à titre gratuit reprend toute sa force. Mais elle n'a d'effet qu'à l'égard de la femme et dans son intérêt. — Conséquences.
668. Transition aux donations testamentaires. Texte de l'art. 1423.
669. Le mari peut léguer sa part dans la communauté.
670. *Quid*, s'il lègue un objet individuel faisant partie de la communauté?
671. Des dispositions testamentaires faites par la femme.

654. Dans toute société qui compte deux associés seulement, l'administration n'existerait réellement pas si elle n'était exclusivement déférée à l'un d'eux. Égaux en puissance, ils se paralyseraient à chaque instant dans leur action, ils s'entraveraient dans leur marche, et l'intérêt commun serait incessamment compromis. Le sens intime indiquait donc que dans la communauté conjugale, les intérêts communs devaient être remis à l'un des époux et que l'autre devait s'effacer et disparaître. Cela posé, l'orateur du gouvernement en a fait la remarque (1), il devenait pour ainsi dire inutile d'énoncer que le mari seul est administrateur légal de la communauté. En effet, cette qualité ne pouvait être conférée qu'à lui, non pas seulement parce qu'en général il est plus propre que la femme au maniement des affaires, mais encore et surtout parce que la femme étant, dans l'organisation de la société civile ou de la famille, soumise à l'autorité du mari, il eût été souverainement déraisonnable et inconséquent de lui donner, par rapport aux biens, un pouvoir indépendant et en quelque sorte absolu.

Ainsi, le mari seul administre les biens de la communauté (art. 1421), et par les considérations qui précèdent, il est évident que c'est là une disposition d'ordre public. Aussi avons-nous vu que les époux ne pourraient, même par contrat de mariage, déroger à cette disposition en faisant passer l'administration dans les mains de la femme (2). Ajoutons, toutefois, que si le mari ne peut se dépouiller entièrement de ce droit que la loi lui confère, il a du moins, pendant le mariage, la faculté d'en transmettre l'exercice à sa femme par une procuration qu'il reste

(1) V. l'exposé des motifs de M. Berlier au corps législatif : *Législ. civ.* de M. Locré, t. XIII, p. 280, n° 14.
(2) V. *suprà*, n° 60.

toujours maître de révoquer. C'est un mandat que le mari peut donner à toute personne et par conséquent à sa femme.

655. Mais, en principe, la femme n'administre pas ; elle n'a même pas le droit de prendre part à l'administration du mari, soit en contrôlant ses actes, soit en y formant opposition. Contre la gestion inhabile ou même coupable de ce dernier, elle a une seule ressource, la séparation de biens : ainsi elle peut faire cesser une administration qu'elle n'a cependant pas le droit de partager ni encore moins d'entraver. Sous ce rapport, le principe est tellement absolu que, même dans le cas d'interdiction du mari, la femme n'intervient dans l'administration des biens de la communauté que si elle est nommée tutrice ; encore même, dans ce cas, est-ce le conseil de famille qui règle la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours de la femme aux tribunaux si elle se croit lésée par l'arrêté du conseil de famille (C. civ., art. 507) (1). Dans un seul cas, la loi souffre que le droit d'administration passe entre les mains de la femme : c'est lorsque le mari est en état d'absence déclarée (C. civ., article 124) ; cela tient à des considérations exceptionnelles que l'on verra au quatrième paragraphe de la présente section.

656. Arrivons aux pouvoirs du mari considéré comme administrateur exclusif des biens de la communauté.

Si les pouvoirs du mari étaient renfermés dans les limites d'une administration ordinaire, ils seraient à l'instant même définis. Conserver les biens confiés à sa garde et leur faire produire ce qu'ils peuvent donner, tels sont en deux mots les devoirs de tout administrateur. Mais il s'en faut que l'autorité du mari ait été renfermée dans ces limites étroites. La législation coutumière lui avait donné la qualité de maître et de seigneur de la communauté, et en conséquence elle avait consacré en sa faveur le droit d'user et de disposer des biens de la communauté, *à son plaisir et volonté*, comme de ses biens personnels. Le mari pouvait à son gré, d'après Pothier (2), perdre les biens de la communauté sans en être comptable, laisser périr par la prescription les droits qui dépendent de la communauté, dégrader les héri-

(1) Si la femme n'a pas été nommée tutrice de son mari interdit, l'administration reste dans le domaine du mari, et par conséquent elle appartient au tuteur. Orléans, 9 août 1817 (aff. Villetard). V. aussi dans ce sens MM. Toullier, t. II, nos 1344 et 1348, et t. XII, n° 308 ; Bellot, t. I, p. 311 ; Devilleneuve, collect. nouv., t. II, part. II, p. 45, note 4. — V. cependant Bruxelles, 11 floréal an XIII (aff. Tongrie).

(2) *De la communauté*, n° 470.

tages, briser les meubles, tuer par brutalité ses chevaux et autres animaux dépendants de la communauté, sans être comptable à la femme de toutes ces choses. » La loi nouvelle substitue à cette qualification de seigneur (1) qui était donnée au mari celle d'administrateur, dont la portée est infiniment plus restreinte; mais, sauf certaines réserves déjà indiquées (2) et d'autres que nous indiquerons bientôt, la loi nouvelle consacre encore en faveur du mari des droits analogues à ceux que l'ancienne jurisprudence lui avait attribués, droits qui, impliquant la faculté de vendre, d'aliéner et d'hypothéquer sans le concours de la femme (art. 1421), sont, en général, l'attribut de la propriété et laissent ainsi jusqu'à un certain point sa valeur à l'ancienne qualification de maître et seigneur de la communauté.

Qu'on ne se méprenne pas, cependant, sur la portée de cette qualification. Même sous l'ancienne jurisprudence, le mari n'était véritablement maître et seigneur de la communauté que dans ses rapports ou dans les rapports de la communauté avec les tiers; mais cette qualité n'influait en rien sur les droits de la femme, notamment elle n'avait pas pour effet d'absorber la propriété actuelle de cette dernière. Elle marquait l'étendue des pouvoirs appartenant au mari considéré comme chef de l'union conjugale. A plus forte raison, les pouvoirs attribués au mari par la loi nouvelle doivent-ils s'entendre sous la réserve de cette distinction. C'est un point que nous avons déjà établi (3), et qu'il était important de rappeler ici comme un principe d'où vont dériver nos solutions ultérieures.

Ramenant donc à une formule aussi générale que possible les pouvoirs du mari administrateur légal de la communauté, nous disons : Vis-à-vis des tiers, les pouvoirs du mari sont absolus; par rapport à la femme, les pouvoirs du mari vont au delà de ceux qui appartiennent à un administrateur ordinaire parce que le mari est co-propriétaire en même temps qu'administrateur des biens communs, mais ces pouvoirs trouvent dans la co-propriété actuelle de la femme leur limite naturelle : le mari ne peut s'enrichir directement ou indirectement, ni enrichir les siens au

(1) L'art. 225 de la cour de Paris disait : « Le mari est *seigneur* des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme. »

(2) Nous avons vu notamment que le mari n'oblige plus la communauté par ses délits, *suprà*, nos 629 et suiv.

(3) V. *suprà*, nos 293, 294, 295.

préjudice de la communauté. *Les observations qui vont suivre* seront le développement de cette double pensée.

652. Dans ses rapports avec les tiers, le mari, disons-nous, a des pouvoirs absolus. C'est ce qu'exprime l'art. 1421, qui confère à l'administrateur légal le droit « de vendre, d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de la femme. » Et ici, remarquons-le, le mari, lorsqu'il use de la faculté qui lui est laissée, d'aliéner à titre onéreux, de vendre ou d'hypothéquer les biens communs, n'agit, en aucune manière contre cette co-propriété actuelle qui appartient à la femme; car le mari reçoit l'équivalent de ce qu'il donne, et la femme a l'espoir, si elle accepte la communauté, d'y retrouver sous une autre forme ce que le mari en a retiré. C'est du moins la présomption de la loi; l'orateur du tribunat en a fait la remarque au corps législatif. « Lorsqu'il (le mari) hypothèque ou aliène, disait, en effet, M. Siméon (1), on présume que c'est par besoin. Il reçoit un prêt ou le prix d'une vente; *on croit qu'il en fera un emploi utile*..... L'hypothèque et l'aliénation des biens de la communauté par le mari, sans le concours de sa femme, est l'une des plus grandes différences qui se font remarquer entre le régime dotal et celui de la communauté. Dans l'un et dans l'autre, le mari est également chef et administrateur; mais.... il jouit de plus de confiance dans le régime de la communauté. On a moins redouté ses dissipations qu'on n'a craint que, par l'inaliénabilité des immeubles de la communauté, *il ne perdît des occasions d'améliorer le sort de sa femme, le sien et celui de ses enfants*..... » Le mari peut donc, en principe, aliéner à titre onéreux; il a, sous ce rapport, un pouvoir absolu, et si, trompant les prévisions de la loi, le mari, en aliénant, agissait dans la pensée de satisfaire à de folles dépenses et à ses dissipations, et non pas pour améliorer le sort de sa femme, celle-ci n'aurait encore d'autre ressource que la séparation de biens. Les auteurs, ceux mêmes dont l'autorité est le plus accréditée, ont pensé que la femme peut se ménager un autre moyen d'obvier à une administration abusive, par exemple en stipulant dans son contrat de mariage que le mari ne pourra, sans son consentement, aliéner les conquêts. Nous nous sommes élevés contre cette fausse doctrine, que nous persistons à considérer comme contraire au texte de la loi (art. 1388), aussi bien qu'à l'esprit général du régime

(1) V. M. Locré, *Législ. civ.*, t. XIII, p. 458-459, n° 29.

de la communauté légale (1). La femme ne peut donc se soustraire aux conséquences d'une mauvaise administration que par la séparation de biens. Par cela même, si des ventes étaient consenties par le mari pendant l'instance en séparation, la femme serait fondée, même avant tout acte conservatoire, à critiquer ces ventes comme faites en fraude de ses droits (2).

658. La jurisprudence a fait de ces principes des applications assez fréquentes ; et généralement elle s'est attachée à satisfaire à la double pensée de la loi : tout en maintenant dans leur rigueur les pouvoirs du mari vis-à-vis des tiers, elle a protégé le droit de la femme toutes les fois que les actes du mari auraient pu porter atteinte à ce droit et en compromettre l'exercice éventuel.

Ainsi, il a été décidé que le mari étant le maître de la communauté, il n'est pas nécessaire du concours de la femme pour la validité du délaissement par hypothèque d'un conquêt de communauté (3).

Il a été jugé de même que le mari peut aliéner les biens de la communauté, moyennant une rente viagère constituée sur sa tête (4). Mais comme cette convention est susceptible de diminuer la part qui doit revenir à la femme si elle accepte la communauté, l'arrêt ne la considère comme valable que sous la condition que les arrérages de la rente tombent dans la communauté, et dans le cas du décès de la femme avant le mari, que les héritiers de la femme soient appelés, pendant la vie du mari, à jouir concurremment avec lui de la moitié de cette rente.

659. Par une application toute naturelle du même principe, on doit décider que le mari seul représente la communauté en tout ce qui concerne les droits et les actions relatifs aux choses qui font partie de l'actif ou du passif. La cour royale de Bourges a très-bien jugé en ce sens, que le cessionnaire d'une créance ne peut se prévaloir de la notification par lui faite à la femme

(1) V. *suprà*, n° 61. Parmi les auteurs qui ont suivi cette fausse doctrine, citons encore M. Odier. V. t. I, n° 215.

(2) Ainsi jugé par la cour de cassation à l'occasion d'une vente consentie pendant l'instance en séparation de corps. *Civ. rej.*, 30 juin 1807 (aff. Bernard). Mais la raison de décider est évidemment la même. V. aussi Bruxelles, 13 août 1812 (aff. Hubens).

(3) Bruxelles, 9 floréal an XIII (aff. Dereuser). C'est aussi l'avis de M. Troplong, *Comm. des priv. et hyp.*, t. III, n° 821.

(4) Rennes, 16 juin 1841 (aff. Bruault). Mais v. les observations dont M. A. Dalloz fait suivre cet arrêt dans son *Rec. pér.* 1842. 2. 103, note 1.

commune en biens, débitrice pour cause antérieure au mariage, de la créance cédée (1) : la cour a considéré que la dette de la femme étant tombée dans le passif de la communauté, la notification aurait dû, pour être valable, être faite au mari.

Par identité de raison, c'est le mari qui représente seul la communauté en justice. Lors donc qu'une instance est poursuivie par le mari ou contre lui à l'occasion des biens de la communauté, le jugement intervenu engage la communauté tout entière même pour la part éventuelle de la femme (2).

Toutefois, si une instance introduite contre le mari vient, après le décès de ce dernier, à être poursuivie pour le tout contre ses héritiers, les actes faits contre ces héritiers ne peuvent être opposés à la femme à laquelle ils n'ont pas été notifiés : les jugements rendus ne peuvent dans ce cas préjudicier à la femme dès qu'elle n'a pas été mise en cause ; elle serait donc fondée à y former tierce opposition.

La cour de cassation a virtuellement consacré cette solution en décidant que la femme devenue veuve n'est censée, sous le rapport d'une instance commencée avec son mari, y avoir été partie ou représentée qu'autant qu'elle accepte la communauté et manifeste la volonté de prendre part à cette instance ; et en conséquence que si, après le décès du mari, l'instance a été terminée avec ses héritiers seulement sans que la veuve ait fait connaître son existence et sa qualité ou ait été mise en cause, celle-ci est réputée n'y avoir jamais été partie, et dès lors elle est non recevable à reprendre plus tard cette instance pour en faire prononcer la péremption à son égard (3).

660. De même qu'il peut aliéner, hypothéquer, plaider sans le concours de la femme, de même aussi le mari peut, sans ce concours, transiger à l'occasion des biens de la communauté. Si la transaction en soi est purement déclarative, si, dans la rigueur du droit, elle constitue la reconnaissance d'un titre et n'est pas un titre elle-même, toujours est-il que, fondée sur une concession réciproque, la transaction laisse au mari un équivalent de ce que le mari donne. Sous ce rapport elle peut et doit être mise dans les attributions de l'administrateur légal, au même titre qu'on y place le droit de vendre et celui d'hypothéquer.

(1) V. Bou[illegible], 18 juin 1839 (aff. Cottet).

(2) La *Cout. de Paris* consacrait le principe dans son art. 233. V. Pothier, *De la communauté*, n° 473.

(3) *Req. rej.*, 30 janvier 1843 (aff. Chamblant).

661. Mais il en est tout autrement de l'aliénation à titre gratuit. Disposer à titre gratuit, c'est se dépouiller sans compensation. « Donner, disait M. Siméon au corps législatif (1), sous certains rapports, c'est perdre. La disposition à titre gratuit excède les pouvoirs de l'administration, car administration et conservation sont des termes corrélatifs ; et si l'administration exige des sacrifices, ils doivent avoir une indemnité que la disposition à titre gratuit ne peut pas donner. » Par ces considérations, la loi nouvelle prenant en main l'intérêt de la femme, a apporté une modification notable aux priviléges que l'ancienne législation accordait au mari, relativement aux biens de la communauté. En effet, d'après l'ancienne législation, le mari pouvait non-seulement vendre et hypothéquer les différents biens de la communauté, mais encore en disposer par donations, pourvu que ce fût à personne capable et sans fraude (2). Il y avait toutefois, sur ce point, quelque diversité dans les dispositions des coutumes. La faculté de *donner* était consacrée en faveur du mari, par la coutume de Paris, dont l'art. 225, après avoir dit le *mari est seigneur*... ajoutait : « En telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer et en faire et disposer *par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté*, sans le consentement de ladite femme, à personne capable, et sans fraude. » Et c'est en ce sens que s'était prononcée la presque totalité des coutumes. Mais, d'une autre part, ainsi que Pothier l'annonce (3), quelques-unes ne regardaient le mari que comme un simple administrateur *cum liberâ*, et en conséquence permettaient bien au mari de vendre, permuter et hypothéquer les biens de la communauté, mais ne lui permettaient pas de les donner entre vifs, si ce n'est pour sa part seulement. Telles étaient les coutumes d'Anjou, art. 289 ; du Maine, art. 304 ; de Lodunois, ch. 26, art. 6.

Les rédacteurs du Code civil semblent avoir été dirigés par l'esprit de ces dernières coutumes. L'art. 1422 dit, en effet : « Il (le mari) ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. —

(1) V. M. Locré, *loc. cit.*

(2) D'après Dumoulin, cela revient à dire : pourvu que le mari eût agi sans s'enrichir ou enrichir ses hoirs en diminution de la communauté. V. *suprà*, p. 191, note 2.

(3) *De la communauté*, n° 472.

Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve par l'usufruit. »

662. La disposition de cet article est complexe : mais avant d'en présenter le développement, nous examinerons une question née de la pensée même qui a inspiré cet article. Le législateur s'est évidemment proposé de protéger l'intérêt de la femme. D'où on a conclu que si la donation était faite par le mari avec le concours de la femme, celle-ci serait désormais irrecevable à se prévaloir de la prohibition prononcée par la loi. La cour de Riom a jugé dans ce sens que si le mari ne peut disposer seul à titre gratuit des biens dépendants de la communauté, il lui est permis de faire donation de ces biens conjointement et solidairement avec sa femme (1). Cette solution nous semble contraire à la lettre et à l'esprit de la loi. En principe, le mari seul ne peut disposer à titre gratuit d'après l'art. 1422. Ce serait bien mal protéger l'intérêt de la femme que de considérer son concours à l'acte, que le mari n'aurait pu consentir seul, comme un fait susceptible d'habiliter ce dernier. Placée sous la dépendance de son mari, la femme qui intervient à l'acte n'agit le plus souvent que sous cette influence, et la femme se déterminera d'autant moins à refuser son consentement, qu'en définitive le mari pourrait la punir de sa résistance en exerçant jusqu'à l'abus ces pouvoirs si étendus qu'il trouve dans son droit d'administration. Dans cette situation, on le comprend bien, maintenir la prohibition de la loi nonobstant le concours de la femme à la donation, c'est protéger la femme contre sa propre faiblesse. Sous ce rapport, on ne fait que seconder la pensée intime de la loi.

Ajoutons maintenant qu'on se met aussi d'accord avec la lettre. Car ce concours de la femme à une donation qui sans cela tomberait sous la prohibition formelle de l'art. 1422, est une raison de plus pour considérer l'acte comme contraire aux principes des donations. C'est ce que la cour de Caen a très-bien établi dans une espèce où, ayant à résoudre la question, elle s'est prononcée en sens contraire de la doctrine que nous combattons (2). Cette cour a très-justement considéré que la femme n'ayant pas, pendant la durée de la communauté, le droit de

(1) Riom, 5 janvier 1844 (Albert c. Bohat). V. aussi MM. Duranton, t. XIV, n° 472; Taulier, t. V.

(2) V. Caen, 3 mars 1843 (aff. Varin c. Dodenau).

disposer des biens appartenant au fonds commun, ces biens ne peuvent être de sa part l'objet d'une donation entre vifs dont l'effet essentiel consiste, d'après l'art. 894 du Code civil, à transmettre actuellement et irrévocablement au donataire une chose appartenant au donateur; et que d'ailleurs, aux termes de l'art. 1453 du même code, la femme ne peut avant la dissolution de la communauté, aliéner la faculté que la loi lui accorde, ainsi qu'à ses héritiers, d'accepter cette communauté ou d'y renoncer, d'où suit qu'il dépendrait de sa volonté de rendre la donation sans effet, au moyen d'une renonciation, ce qui suffirait pour entraîner la nullité de cette donation dès son origine, conformément à l'art. 944. La cour de Bourges s'est aussi prononcée dans ce sens (1). Donc, si la donation est, par rapport au mari, contraire à l'art. 1422; si, par rapport à la femme, elle est contraire aux art. 1453 et 944, elle ne saurait être légitimée lorsqu'elle procède de l'un et de l'autre stipulant conjointement.

Que si, au lieu de donner, le mari avait vendu avec garantie un conquêt de la communauté, la femme, surtout si elle était légataire universelle de son mari, ne serait pas recevable à demander la nullité de la vente comme frauduleuse et constituant une libéralité déguisée. En effet, d'un côté la vente rentre dans les pouvoirs de l'administrateur légal; d'autre part, légataire universelle de son mari, la femme est tenue des faits et promesses de ce dernier (2).

663. Revenons à la disposition complexe de l'art. 1422. Cet article prohibe, en principe, dans l'intérêt de la femme, la donation par le mari des biens de la communauté. Néanmoins, il met à la prohibition certaine réserve. D'une part, la qualité de la personne gratifiée peut faire fléchir le principe; d'une autre part, la nature ou plutôt l'importance de la chose donnée peut aussi faire céder la prohibition.

664. En effet, on voit en premier lieu, que si le mari ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, son incapacité cesse lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants qu'il a eus de son mariage. La prohibition de la loi est alors sans effet, parce que dans ce cas le mari, quoiqu'il donne seul, remplit une obligation commune: car doter ou établir les enfants est un devoir pour la mère aussi bien que pour le père.

(1) V. Bourges, 10 août 1840 (aff. Fradit).
(2) *Conf. req. rej.*, 20 mai 1840 (Dubessy c. Moye).

Mais quelle est la portée de cette exception ? La difficulté n'est pas ici de savoir ce qu'on doit entendre soit par l'expression *établissement*, soit par le mot *enfants* dont se sert la loi. On reconnaît sans difficulté que l'expression établissement doit être prise dans l'acception qu'on lui donne par rapport à l'art. 1427, où on la retrouve également. Ainsi, par établissement, on entend tout ce qui peut procurer aux enfants les moyens de se suffire à eux-même (1). Quant à la dénomination d'enfants, nous nous sommes déjà expliqués sur les limites dans lesquelles elle est renfermée dans le cas prévu par l'art. 1422 (2).

La difficulté est de déterminer la mesure dans laquelle le père de famille peut se montrer libéral envers ses enfants. On voit bien que le père peut consacrer à l'établissement de son enfant soit un immeuble de la communauté, soit l'universalité ou une quotité du mobilier. Mais pourrait-il donner et les immeubles et les meubles de la communauté ? Pourrait-il disposer, même en vue d'établir ses enfants, de la communauté tout entière ? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par un arrêt (3) qui a été de la part de M. Duranton l'objet d'une très-vive critique (4). D'après cet auteur, les rédacteurs du Code, dans les pouvoirs qu'ils ont entendu attribuer au mari sur les biens de la communauté pour l'établissement des enfants communs, ne lui ont en aucune façon conféré celui de disposer, sans le concours de la mère, de la communauté à titre universel, soit qu'il le voulût faire en disposant aussi de ses propres biens, soit qu'il se bornât à ceux de la communauté seulement. Nous adoptons de préférence la doctrine de la cour suprême, qui, fondée sur la combinaison de l'art. 1422 avec l'art. 1421, se produit avec une grande autorité de raison. Ce dernier article donne au mari le droit de *vendre les biens de la communauté* sans le concours de la femme, et, sous ce rapport, il donne au mari un pouvoir absolu. L'art. 1422 vient restreindre ce pouvoir par rapport aux dispositions entre vifs, mais en exceptant les donations faites en vue de l'établissement des enfants communs. Le mari peut donc, dans ce cas, donner avec la même étendue qu'il peut vendre dans le cas de l'art. 1421. Or, comme rien ne s'oppose à ce que

(1) V. *suprà*, nos 620, 621.

(2) V. *suprà*, no 102.

(3) V. *Req. rej.*, 2 janvier 1844 (aff. Constans Lamilhade). V. *Conf.* M. Gilbert, *Code ann.*, art. 1422, no 2.

(4) V. t. XIV, no 281.

la vente porte sur l'universalité des biens de la communauté, rien n'empêche non plus que dans le cas expressément réservé par l'art. 1422, la donation porte sur la même universalité (1).

665. En second lieu, nous l'avons vu, la loi excepte de la disposition prohibitive la donation d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu que le mari donateur ne s'en réserve pas l'usufruit. Ici ce n'est pas la qualité des donataires qui motive l'exception, puisque, d'après les termes de la loi, la donation peut être faite *à toutes personnes* : c'est la nature de la chose donnée. La femme n'a pas à réclamer, si le mari dispose à titre gratuit d'un effet mobilier; au contraire, elle serait fondée dans sa réclamation, si le mari avait disposé d'un immeuble ou d'une valeur immobilière dans un autre but que l'établissement des enfants. Pourquoi cette distinction entre les meubles et les immeubles? On a cherché à l'expliquer théoriquement. On a dit : La loi s'est montrée tolérante là où elle ne pouvait rien empêcher; ainsi elle n'a pas étendu aux donations de meubles la prohibition qui frappe les donations d'immeubles, parce qu'au moyen de dons manuels, la défense prononcée eût été facilement éludée. Mais cette explication n'en est pas une; car on sait que dans une foule de cas, la loi prohibe les donations de meubles aussi bien que les donations d'immeubles, et que cette prohibition est sanctionnée par une action en nullité pour simulation, action ouverte en faveur des intéressés et suffisante par elle-même pour prévenir les abus.

La pensée véritable du législateur est que l'autorité du mari administrateur légal de la communauté, paralysée en principe relativement aux dispositions à titre gratuit, doit avoir toute sa latitude pour des libéralités modiques qui, sagement dispensées, peuvent être des placements utiles même dans l'intérêt de la communauté. Lorsque le législateur a permis la donation d'effets mobiliers et prohibé les donations d'immeubles, il était encore sous l'empire des anciens principes d'après lesquels la fortune immobilière seule avait de l'importance et méritait d'être prise en considération. Aujourd'hui, en présence des faits économiques qui donnent à la fortune mobilière un si grand accroissement, il est probable que le législateur, s'il avait à régler le cas qui nous occupe, substituerait au n° 2 de l'art. 1422 une disposition qui, sans distinguer entre les meubles et les immeu-

(1) V. au surplus ce que nous avons dit sur les constitutions de dot dans notre chap. des disp. gén., *suprà*, nos 97 et suiv.

bles, considèrerait comme valable toute donation mobilière ou immobilière faite par le mari, pourvu qu'elle fût modique, et prohiberait toute donation mobilière ou immobilière dès qu'elle paraîtrait exagérée, eu égard aux ressources de la communauté.

Quoi qu'il en soit, la loi est fort explicite; il faut s'en tenir à sa disposition. Voyons donc dans quels termes et sous quelles conditions une donation d'effets mobiliers peut être faite par le mari, administrateur légal de la communauté.

666. Cette donation, dit la loi, peut être faite à toutes personnes; il faut qu'elle soit faite à titre particulier; enfin, elle doit dépouiller entièrement le donateur qui ne peut se réserver l'usufruit de la chose par lui donnée.

La donation peut être faite à toutes personnes. Mais il est à remarquer qu'il y a une différence notable entre le cas où le donataire est un étranger, et celui où ce donataire est un enfant que le donateur a eu d'un précédent mariage. S'il a donné à un étranger, le mari ne doit aucune récompense à la communauté; il en doit une, au contraire, nous l'avons déjà dit, s'il a donné à un enfant d'un précédent mariage (art. 1469). Nous avons dit aussi, qu'il en est de même si le mari a disposé en faveur de toute autre personne qui, étant réputée par la loi personne interposée, fait naître la présomption que le mari lui-même s'est indirectement avantagé.

La donation doit être à titre particulier. Si donc le mari donnait l'universalité des meubles dépendants de la communauté, ou la moitié, le tiers, le quart de ces meubles, la donation serait nulle au fond comme contraire à l'art. 1422; en outre, en ce qui concerne les meubles corporels, elle serait nulle en la forme comme contraire à l'art. 948 du Code civil, car elle ne comprendrait pas l'état détaillé exigé par cet article. Il nous paraît d'ailleurs évident que le mari, de même qu'il ne pourrait pas disposer de la totalité des meubles de la communauté par une seule donation régulière en la forme, en ce que la prescription de l'article précité s'y trouverait observée, de même il ne pourrait épuiser la totalité de ces meubles par des donations diverses et successives.

Enfin, le donateur ne peut pas se réserver l'usufruit de la chose donnée. C'est, disait très-bien M. Duveyrier dans son rapport au tribunat (1), « une restriction ingénieuse qui tend à refroidir chez lui l'intention d'une libéralité dont le droit ne pou-

(1) V. M. Locré, t. XIII, p. 348, n° 17, *in fine*.

vait être absolument enlevé à la puissance maritale. » En effet, le mari se montrera d'autant moins disposé à donner, qu'en donnant il sera forcé de diminuer à l'instant même ses revenus. Mais cette condition doit être renfermée dans le cas même pour lequel elle est établie. Ainsi, il n'est pas douteux, à notre avis, que le mari ne puisse se réserver l'usufruit d'un meuble par lui donné à un enfant commun en vue d'un établissement. Puisqu'aux termes de l'art. 1422, n° 1, le mari a la faculté, dans ce cas, de disposer d'une universalité de meubles et même de la communauté toute entière, à plus forte raison peut-il disposer en se réservant un usufruit qui, d'ailleurs, profitera à la femme pendant la durée de la communauté.

667. Hors ces deux exceptions, la prohibition d'aliéner à titre gratuit reprend toute sa force. Mais quel est l'effet de cette prohibition et quelle est la sanction de la loi dans le cas ou la disposition est méconnue? Spécialement, l'aliénation faite au mépris de l'art. 1422 sera-t-elle valable ou nulle? Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Supposons d'abord que la femme, après la dissolution, renonce à la communauté. Dans ce cas, il n'est pas douteux que la donation ne doive valoir. Le mari n'est pas, en effet, frappé d'une incapacité absolue : s'il était administrateur pendant la durée de la société conjugale, il était aussi propriétaire pour partie de la chose par lui donnée, avec éventualité de devenir propriétaire pour le tout en cas de renonciation par sa femme à la communauté. Or, cette éventualité s'est réalisée dans l'hypothèse où nous sommes placés. Dans cette situation, comment le mari pourrait-il contester au donataire le droit résultant de la donation? La nullité pendant le mariage n'était que relative, et, dans tous les cas, ce ne serait pas au mari à se faire un titre de sa propre contravention. D'une autre part, la communauté étant censée, par le fait de la renonciation de la femme, n'avoir jamais existé, on peut dire que dans la réalité il n'y a pas eu de contravention.

Supposons, au contraire, que la communauté soit acceptée par la femme, la chose donnée par le mari contrairement à la prohibition de l'art. 1422, devra faire partie du partage à opérer entre les époux; mais ce n'est pas à dire que la donation doive être annulée. Elle sera toujours nulle ou plutôt sans effet, par rapport à la femme, puisque c'est en sa faveur et dans son intérêt que la loi consacre une prohibition; mais par rapport au mari la donation établira toujours un lien de droit, une obligation

dont il ne pourra pas s'affranchir. Par conséquent, si la chose donnée tombe dans le lot du mari, la difficulté se trouve résolue par la même décision que dans le cas précédent, puisque à l'égard du mari la position est la même. Si la chose donnée tombe dans le lot de la femme, on appliquera, par analogie, la disposition de l'art. 1423 à laquelle nous allons arriver. Ainsi, si la donation ne peut pas être exécutée en nature, elle devra l'être au moyen d'un équivalent; le mari devra donc indemniser la femme pour retirer de son lot la chose donnée et la transmettre au donataire, ou bien si la femme ne consent pas à se dessaisir, le mari devra compter au donataire la valeur de la chose donnée. D'après cela, les intérêts de la femme sont toujours garantis, ce qui a été la préoccupation constante du législateur, et en même temps la volonté du donateur est exécutée.

668. La prohibition de *donner entre vifs ne s'étend pas aux* dispositions testamentaires : la loi y met cependant une certaine restriction. L'art. 1423 porte, en effet : « La donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté. — S'il a donné en cette forme un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que *l'effet, par l'événement* du partage, tombe au lot des héritiers du mari : si l'effet ne tombe point au lot de ses héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier. » Ainsi, la loi prévoit deux hypothèses : celle où le mari lègue sa part dans la communauté; celle où il lègue un objet individuel faisant partie de la communauté.

669. Dans la première hypothèse, l'art. 1423 ne fait que consacrer un principe qui était de droit commun dans la législation coutumière. Pothier dit, en effet (1) : « Du principe que le droit du mari qui est seigneur pour le total des biens de la communauté pendant qu'elle dure, est, par sa dissolution, réduit à la moitié, il suit aussi qu'il ne peut disposer par testament des biens de la communauté que pour moitié : car les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, le mari ne peut disposer par testament que du droit qu'il se *trouvera avoir*, lors de sa mort, dans les biens de la communauté. Or, lors de sa mort, il n'y a plus que la moitié, puisque sa mort a opéré la dissolution de communauté et réduit en conséquence à la moitié son droit dans les biens de la communauté. La plupart des cou-

(1) V. *De la communauté*, n° 475.

tumes s'en expliquent en termes formels. » Tel est aussi l'avis de Renusson, qui ajoute, sur l'autorité d'un arrêt du 21 janvier 1608, rapporté par Brodeau sur Louet, que « c'est le droit commun qui doit avoir lieu même dans les coutumes qui n'en disposent (1). » Les mêmes considérations ont fait passer dans le Code civil un principe identique.

D'après cela, si le mari a légué *son droit dans la communauté* ou *la moitié de la communauté*, le legs est valable, puisque le testateur n'a disposé que de ce qui lui appartenait. Mais s'il a légué toute la communauté ou une part supérieure à la moitié, le legs ne sort à effet pour le tout que dans le cas de renonciation par la femme à la communauté : alors le fonds commun appartenant pour le tout au mari, celui-ci a pu, comme dans le cas précédent, disposer de ce qui lui appartenait et n'appartenait qu'à lui. Au contraire, dans le cas d'acceptation par la femme, le legs serait réductible par rapport à la communauté jusqu'à concurrence de la part revenant au testateur dans cette communauté, sauf au légataire à se faire délivrer le surplus sur les biens propres du testateur, en tant qu'il n'y aurait pas excès dans la disposition (2).

670. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque le mari a légué un objet individuel faisant partie de la communauté, si le législateur s'en fût tenu aux principes généraux, le sort du legs eût dépendu de l'événement du partage, en cas d'acceptation de la femme. En effet, en principe, le legs de la chose d'autrui est nul (art. 1021) ; d'une autre part, tout propriétaire indivis est censé avoir eu toujours la propriété pour le tout de la chose indivise, si cette chose est tombée dans son lot (art. 883). D'où il suit qu'en principe le legs fait par le mari d'un objet individuel pris dans la communauté, aurait dû être déclaré nul si cet objet fût tombé dans le lot de la femme, valable pour le tout si l'objet fût tombé dans le lot du mari, valable pour partie seulement si l'objet eût été divisé entre les co-partageants. Mais les rédacteurs du Code, dérogeant aux principes du droit commun et consultant avant tout l'intention présumée du défunt, ont suivi un tout autre système. Ils ont posé en principe que, toujours valable, le legs serait exécuté suivant l'événement du partage, soit

(1) *Tr. de la communauté*, part. Ire, ch. VI, n° 17. V. aussi Ferrière sur l'art. 225, glos. 2, n° 4 ; Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. II, sect. I, n° 1.

(2) V. Lebrun, *De la communauté, loc. cit.*, n° 2.

en nature, soit en argent : en nature, si l'objet légué tombe dans le lot des héritiers du mari ; en équivalent, c'est-à-dire en une somme représentative de la valeur de la chose donnée, somme à prendre, soit sur la part de ces héritiers dans la communauté, soit sur les biens personnels du testateur, si l'objet légué tombe dans le lot de la femme (1).

671. Suivant quelques auteurs, la disposition de l'art. 1423, rédigée en vue des donations testamentaires faites par le mari de sa part dans la communauté ou d'un objet individuel pris de cette communauté, ne serait pas applicable à la disposition testamentaire faite par la femme. Nous sommes sur ce point d'un avis différent. Cet avis nous semble incontestable dans le cas où les héritiers de la femme acceptent la communauté : on ne voit pas, en effet, pourquoi, dans ce cas, on n'appliquerait pas au legs fait par la femme les solutions invariablement admises par rapport au legs fait par le mari ; les raisons de décider sont évidemment les mêmes. Mais, alors même que ces héritiers renoncent à la communauté, nous pensons que le legs fait par leur auteur n'est pas et ne doit pas être une lettre morte pour eux. Sans quoi il dépendrait d'eux de rendre inefficace, par une renonciation calculée, le legs fait par la testatrice qu'ils représentent et dont par ce motif seul ils doivent accomplir toutes les obligations. Dans ce cas, ce ne serait pas assez d'une renonciation à la communauté pour soustraire les héritiers à l'obligation d'acquitter le legs ; il faudrait de plus une renonciation à la succession. Que s'ils acceptent cette succession, le legs subsiste comme une charge : les héritiers doivent donc l'acquitter sinon en nature, ce qui n'est plus possible par l'effet de leur renonciation à la communauté, du moins en équivalent (2).

(1) Cela s'applique sans difficulté au cas où le legs est fait par le mari en faveur de la femme elle-même. Il a été jugé en conséquence qu'il est dû à la femme commune et légataire de l'usufruit d'un immeuble de la communauté, récompense de la perte de l'usufruit jusqu'à concurrence de la portion appartenant au testateur, pour le cas où, par suite du partage, cet immeuble viendrait à tomber dans le lot de la légataire. V. Bastia, 26 février 1840 (aff. Pieraggi).

(2) C'est aussi l'avis de M. Odier. V. t. I, n° 230.

§ 2. — De l'administration des biens personnels des époux.

Sommaire.

672. Par leur soumission au régime en communauté les époux perdent l'un et l'autre la jouissance de leurs biens propres. — Renvoi.
673. La femme perd en outre l'administration de ses propres. Cette administration passe à son mari.
674. Cette administration, en thèse générale, s'étend à tous les propres de la femme, quelle qu'en soit la nature et quelle que soit la cause qui assigne aux biens le caractère de propres.
675. La règle comporte cependant certaines exceptions : de la femme marchande publique; de la femme titulaire d'un brevet de maître de poste.
676. L'administration des biens propres de la femme diffère par son principe et par son étendue de l'administration des biens communs.
677. Quels sont les actes qu'elle comporte et les devoirs qu'elle impose. Article 1428.
678. *Des actions en justice.* — Le mari comme administrateur des propres de la femme n'a les actions de cette dernière relativement à ces propres que dans une certaine mesure.
679. Il peut exercer seul les actions mobilières, et à cet égard ce qui est jugé pour ou contre lui est jugé pour ou contre sa femme.
680. Il en est ainsi des actions immobilières possessoires, sauf le droit pour la femme d'intervenir avec l'autorisation du mari ou de la justice, et même de se faire autoriser par la justice à agir elle-même si son mari néglige de le faire.
681. Le mari, *administrateur*, n'a pas les actions pétitoires : mais il peut agir seul au pétitoire dans la mesure de l'usufruit qui lui appartient comme chef et représentant de la communauté.
682. *Des aliénations.* — Le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme.
683. *Quid* à l'égard des propres mobiliers? — Renvoi.
684. Mais il peut disposer conventionnellement du droit de jouissance.
685. La vente faite par le mari sans le consentement de la femme ouvre à celle-ci le droit de revendication.
686. Dans quelle mesure et sous quelles conditions ce droit peut-il être exercé dans le cas où la femme accepte la communauté?
687. Dans tous les cas, la revendication ne peut être exercée qu'après la dissolution de la communauté.
688. *Des actes conservatoires.* — Le mari, comme administrateur des biens personnels de la femme, est tenu, sous sa responsabilité, de faire toutes les réparations exigées par l'état des immeubles : distinction entre les grosses réparations et les réparations d'entretien.
689. Le mari est également responsable de la perte résultant d'une prescription dont il a négligé d'interrompre le cours.
690. Dans tous les cas où elle est engagée, la responsabilité du mari se résout en dommages-intérêts.

691. *Des baux et des renouvellements de baux.* — Le pouvoir de louer ou d'affermer les immeubles personnels de la femme appartient au mari comme une conséquence de son droit d'administration.

692. Mais quel est l'effet de la dissolution de la communauté sur les baux consentis par le mari. Texte de l'art. 1429.

693. Cet article a été rédigé dans l'intérêt de la femme. Conséquences.

694. De la répartition des produits des baux. — Renvoi.

695. Le pouvoir de louer ou d'affermer implique le droit de renouveler les baux même par anticipation. — A quelles conditions le mari peut-il exercer ce droit ?

696. Suite.

697. Il n'est dû aucune indemnité au fermier expulsé dans le cas d'un bail d'une trop longue durée, pourvu néanmoins que le mari n'ait pas trompé le fermier en lui laissant croire qu'il était propriétaire de l'immeuble affermé.

698. Dans tous les cas, même à l'égard des baux d'une durée limitée dans les termes de la loi, la femme n'est pas tenue d'entretenir les baux consentis en fraude de ses droits. — Exemples.

699. Sauf les diverses restrictions ci-dessus indiquées, la femme conserve sa personnalité par rapport à ses propres. Art. 1432.

700. Suite.

701. La garantie dont parle cet article s'entend de la garantie solidaire et de la garantie non solidaire.

702. Quand peut être exercé le recours qu'il accorde au mari.

703. Ce recours doit également être accordé à la femme qui a garanti la vente d'un propre du mari.

672. Les époux qui, en se mariant, acceptent le régime de la communauté légale, perdent par le seul fait de leur mariage la jouissance de tous leurs biens personnels. Sous ce rapport, la position des deux époux est exactement la même : c'est une conséquence du principe qui fait tomber dans la communauté, par rapport à l'un et à l'autre, la jouissance de tous les biens dont chacun conserve la propriété (C. civ., art. 1401, n° 2) (1).

673. Mais, sous un autre rapport, il y a, relativement aux biens personnels, une différence notable entre le mari et la femme.

Le mari, sauf la modification résultant de la perte de la jouissance et de ce que le payement de toutes les dettes de la communauté, même de celles qui y sont tombées du chef de sa femme, peut être poursuivi sur ses biens personnels, mais à charge de récompense, le mari conserve sur ses propres les droits qu'il avait avant le mariage. Il en est le maître et l'administrateur

(1) V. *suprà*, n^os^ 372 et suiv.

comme s'il n'existait pas de communauté entre lui et sa femme.

La femme, au contraire, ne perd pas seulement la jouissance de ses propres, par l'effet de sa soumission au régime de la communauté, elle en perd encore l'administration. Sans doute, elle peut se réserver cette administration par une clause spéciale de son contrat de mariage : c'est un point que nous avons déjà établi (1). Mais, à défaut d'une réserve expresse, l'administration passe au mari, sinon en sa qualité de chef de la communauté, comme l'ont dit à tort quelques auteurs, du moins selon l'expression de Renusson, comme un attribut, une conséquence de la puissance maritale qui donne au mari le droit de jouir des biens de sa femme et de les administrer (2). C'est de cette administration que nous avons maintenant à nous occuper.

674. En thèse générale, cette administration s'étend à tous les biens personnels de la femme, quelles qu'en soient la nature et l'origine.

Ainsi, le mari est administrateur non-seulement des propres qualifiés tels par la loi, comme les immeubles que possédait la femme à l'époque du mariage ou ceux qui lui sont échus depuis par succession ou donation, mais encore des propres qui ne sont tels que par l'effet d'une convention, soit qu'il s'agisse de meubles réalisés par le contrat de mariage, soit qu'il s'agisse de meubles donnés ou légués à la femme sous la condition expresse que ces meubles n'entreront pas en communauté.

675. Cependant, si étendue qu'elle soit, cette règle comporte des exceptions nécessaires. Ainsi, par la force même des choses, le droit d'administration du mari ne doit pas s'étendre au commerce séparé que fait la femme marchande publique (3).

Il en est ainsi des appointements d'une femme autorisée par son mari à être actrice, en tant que ces appointements lui sont nécessaires pour exercer son état (4).

Il en est ainsi, enfin, de certaines industries qui, du moins, quant au droit de les exercer, ne sont pas réellement dans le commerce : telle est, par exemple, celle du maître de poste. Le brevet ou la commission d'un maître de poste n'est autre chose que le

(1) V. notamment ce que nous disons ci-dessus, n° 62.

(2) V. *loc cit.*, à la note précédente.

(3) *Conf.* M. Massé, *Droit comm.*, t. III, n° 341. V. d'ailleurs *suprà*, n°s 600 et suiv.

(4) *Conf.* Paris, 27 novembre 1819 (aff. N.....). V. aussi M. Roger, *De la saisie arrêt*, n° 205.

titre d'une fonction publique dont le titulaire peut être destitué par l'autorité qui l'en a investi (1). On peut conclure de là que le brevet du maître de poste ne tombe pas dans la communauté par exception aux principes ci-dessus exposés au n° 365 (2); d'où suit également que si le brevet est donné à une femme mariée sous le régime de la communauté, l'administration ne passe pas au mari. La cour d'Amiens a expressément consacré cette doctrine en décidant que, les brevets de maître de poste étant personnels, ne constituent pas, lorsque la femme en est titulaire, un bien placé sous l'administration du mari, en vertu de l'art. 1428. A la femme seule, d'après cette cour, appartient l'exploitation du brevet, et par suite, la jouissance du matériel et des locaux nécessaires, à la charge par elle de compter tous les mois, à son mari, les produits de la poste (3).

676. Entre les mains du mari l'administration des biens propres de la femme est essentiellement différente de l'administration relative aux biens de la communauté. Elle en diffère par son principe, puisqu'elle dérive de la puissance maritale, tandis que l'administration des biens communs dérive, en faveur du mari, de la qualité de chef de la communauté. Elle devait par cela même en différer dans ses effets. Aussi est-elle infiniment moins étendue. Comme administrateur des biens communs, le mari, on vient de le voir, a des pouvoirs qui participent, dans une certaine mesure, de ceux qui appartiennent au maître. Comme administrateur des biens personnels de la femme, le mari a des droits qui, sauf l'usufruit, ne vont pas, en général, au delà de ceux qui sont attribués à un administrateur ordinaire, à un tuteur, à un curateur; ses devoirs sont aussi ceux dont ces derniers sont tenus. Comme administrateur des biens communs, le mari, peut-on dire, a la faculté de faire tout ce qui ne lui est pas défendu ; comme administrateur des propres de la femme, il peut seulement faire ce qui lui est permis.

Quels sont donc les actes permis au mari administrateur des propres de la femme?

(1) Il est de jurisprudence au conseil d'état que l'administration est maîtresse absolue de révoquer un maître de poste sans déduire même ses motifs. Ord. du 22 février 1833 (aff. Jahan); ord. du 17 janvier 1834 (aff. Manilier); ord. du 28 juin 1837 (aff. Bertrand-Debeaux).

(2) V. des applications de la règle dans un arrêt de la cour d'Orléans, du 26 novembre 1837 (aff. Gaudriot), et dans un arrêt de la cour de Riom, du 30 mai 1838 (aff. Hebrard).

(3) V. Amiens, 10 janvier 1840 (aff. Boudoux).

677. Sous ce rapport, la théorie de la loi est renfermée dans les art. 1428, 1429, 1430 et 1432.

Aux termes de l'art. 1428, « le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme.

» Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme.

» Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement.

» Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme, causé par défaut d'actes conservatoires. »

La loi s'occupe successivement, dans cet article, des actions appartenant à la femme, de l'aliénation de ses biens dont elle parle encore dans l'art. 1432, et des actes conservatoires. Les art. 1429 et 1430 viennent ensuite, qui statuent sur le sort des baux et des renouvellements de baux consentis par le mari seul. Nous parlerons successivement de ces différents objets.

678. *Des actions judiciaires.* — Dans quelles mesures le mari, administrateur des propres de sa femme, peut-il exercer les actions appartenant à cette dernière ? Le législateur s'en explique en reproduisant un principe emprunté à peu près textuellement à la coutume de Paris. L'art. 233 de cette coutume disait, en effet : « Le mary est seigneur des actions mobiliaires et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme : et peut ce mary agir seul et déduire lesdits *droits* et *actions* en *jugement* sans sadite femme. » L'art. 1428 dit également que le mari « peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. » Ainsi, il faut distinguer, d'une part, entre les actions mobilières et les actions immobilières, et d'une autre part, quant à ces dernières actions, entre les actions possessoires et les actions pétitoires.

679. Les actions mobilières appartiennent au mari ; il peut les exercer seul. Toutes les fois donc qu'il s'agit de réclamer un meuble ou une valeur mobilière qui, par une cause quelconque, n'a pas été compris dans l'actif de la communauté, toutes les fois qu'il s'agit de défendre sur une demande ayant pour objet une chose de cette nature, le mari poursuit seul ou peut être actionné seul. Il est, en ce point, mandataire légal de sa femme : et tout ce qui sera jugé pour ou contre le mari sera par cela même jugé pour ou contre la femme, encore que celle-ci n'ait pas été mise en cause.

D'ailleurs, le mari qui exerce les actions mobilières, peut, à plus forte raison, recevoir le payement des sommes dues

à sa femme et en donner valable quittance. La cour de cassation a déduit cette conséquence du principe : elle a même jugé que la capacité du mari, sous ce rapport, est entière, encore que les capitaux proviennent du prix d'immeubles appartenant à la femme (1).

680. Quant aux actions immobilières, le principe est le même, pourvu qu'il s'agisse d'une action possessoire. Par action possessoire on entend celle qui a pour objet de faire cesser le trouble apporté par un tiers à la possession du détenteur d'un immeuble, ou de revendiquer même la possession de l'immeuble, si le détenteur en a été dépouillé. Ici encore le mari peut agir seul; et il n'est pas douteux que le jugement rendu pour ou contre lui, en semblable matière, aurait pour ou contre la femme l'autorité de la chose jugée.

Néanmoins, à raison de l'influence qu'un jugement sur le droit de possession pouvait avoir sur le droit de propriété de la femme, on admettait, sous l'ancienne jurisprudence, que celle-ci avait la faculté d'intervenir. « Le mari, dit Ferrière (2), peut intenter et déduire toutes les actions possessoires procédant du côté de sa femme... comme sont les actions de complainte et de réintégrande pour être conservé dans la possession de ces biens, ou y être rétabli et réintégré, sans que pour ce il soit besoin de son consentement. Toutefois, elle pourrait y intervenir si elle y avait intérêt, suivant la note de maître Charles Dumoulin en ces termes : *potest tamen uxor intervenire etiam invito marito, authorata a judice in propriis suis, ne colludatur.* »

Il n'est pas douteux que cette doctrine de Dumoulin ne dût encore être, sous tous les rapports, suivie aujourd'hui. La femme pourrait donc intervenir, soit avec l'autorisation de son mari si celui-ci consentait, soit, en cas de résistance, avec l'autorisation de la justice.

On pourrait même aller plus loin, ce nous semble, et dire avec M. Duranton (3) que non-seulement la femme a le droit d'intervenir, mais encore qu'elle est fondée à agir elle-même, en se faisant autoriser par la justice, si le mari se refuse à exercer l'action possessoire. L'art. 1428 est conçu dans un sens moins absolu que l'art. 1549 ; si ce dernier, relatif aux biens dotaux,

(1) V. *Req. rej.*, 25 juillet 1843 (Henry c. Desbassayns). V. aussi Angers, 26 janvier 1842 (Fasseau c. Bellanger).

(2) V. sur l'art. 233, glos. uniq., n° 6.

(3) V. t. XIV, n° 317.

déclare que le mari *seul a droit* de poursuivre les débiteurs et détenteurs des biens dotaux, l'art. 1428 se borne à déclarer que le mari *peut exercer seul* les actions possessoires. La comparaison entre les deux textes nous semble décisive. Le premier est exclusif (1); le second se borne à conférer une faculté au mari sans l'enlever à la femme.

681. Mais pour les actions immobilières pétitoires, c'est-à-dire celles qui ont pour objet la revendication d'un immeuble ou de droits réels immobiliers, soit en demandant, soit en défendant, le mari en est virtuellement privé par la loi : car l'énumération restrictive de l'art. 1428 serait sans aucun objet si elle n'avait précisément celui d'interdire au mari les actions pétitoires appartenant à la femme, actions que l'article ne mentionne pas. Toutefois, cette doctrine a été contredite. La cour de cassation elle-même a décidé que le mari a qualité pour exercer seul, vis-à-vis des tiers, les actions immobilières de sa femme, en ajoutant seulement cette réserve, que les tiers, pour qu'ils puissent opposer le jugement à la femme, doivent requérir son intervention au procès lorsqu'elle n'intervient pas d'elle-même (2). Quelques cours royales et plusieurs auteurs se sont prononcés en ce sens (3). Malgré ces autorités, que d'autres vien-

(1) Aussi sommes-nous d'avis que la femme mariée sous le régime dotal ne peut se faire autoriser en justice à agir au défaut du mari. V. t. II, n° 479.

(2) *Req. rej.*, 13 mai 1832 (aff. Méjean). Disons d'ailleurs que la cour de cassation semble avoir renoncé depuis à cette jurisprudence. Tout au moins elle a refusé d'en faire l'application au droit de surenchère qui appartient à la femme; la cour a décidé en effet que le mari n'a pas qualité pour former une surenchère au nom de sa femme créancière inscrite, sans le concours de celle-ci. *Req. rej.*, 16 décembre 1840 (aff. Gardel). Il est difficile de ne pas voir de l'opposition entre cet arrêt et l'arrêt précité de 1832, car si dans le droit de surenchère, il y a l'exercice d'une action hypothécaire, il y a aussi quelque chose de plus, comme M. le conseiller rapporteur en faisait la remarque lors de l'arrêt de 1840, puisque la soumission de surenchère est un engagement qui lie le poursuivant et qui le rend acquéreur si son enchère n'est pas couverte; puisque d'après les auteurs les mieux accrédités, pour surenchérir, il faut être capable de s'obliger. V. M. Troplong, *Des priv. et hyp.*, nos 938 et 951. Il convient néanmoins d'ajouter que, d'après quelques cours royales, la surenchère ne serait qu'un acte conservatoire qui par cela même, suivant les observations que nous présentons *infrà*, n. 688 et suiv., rentrerait dans les pouvoirs du mari administrateur des biens personnels de la femme. V. Caen, 20 juin 1827 (aff. Becquemie).

(3) V. Colmar, 17 avril 1817 (aff. Blech); Bruxelles, 30 prair. an XIII (aff. Linoy). V. aussi MM. Toullier, t. XII, nos 384 et suiv.; Dalloz aîné, t. X, p. 214, n° 22; Bellot, t. I, p. 484; Battur, t. II, n. 552.

nent d'ailleurs combattre, nous maintenons une solution qui a pour elle non pas seulement le texte restrictif de l'art. 1428, mais encore la pensée même qui a inspiré cette disposition restrictive. Cette pensée, c'est que la femme conserve la propriété de ses immeubles pendant le mariage, et que le mari, simple administrateur, ne peut, nous le verrons tout à l'heure, ni les vendre ni les aliéner. Comment donc pourrait-il agir, soit en demandant, soit en défendant, dans une instance où précisément la propriété est en question? Il ne le pouvait pas, de l'avis unanime des auteurs, sous l'ancienne jurisprudence. « La coutume, dit Ferrière (1), borne et restreint le pouvoir du mari à intenter et déduire seulement les actions mobilières et possessoires de sa femme, sans son consentement, et non celles qui concernent le fonds, la propriété et le domaine de ses biens. La raison est que, quoique le mari soit réputé le maître des biens de la femme, tant par le droit romain que par le droit coutumier, ce n'est toutefois qu'improprement en conséquence de l'autorité maritale, à laquelle il a été juste de donner des bornes; autrement les femmes souffriraient souvent la perte de tous leurs biens sans leur consentement, par la mauvaise conduite et administration de leurs maris..... Ainsi le mari ne peut rien faire sans le consentement de sa femme, qui puisse emporter l'aliénation de ses biens, et partant il ne peut point déduire ni intenter les actions réelles qui concernent la propriété des choses, laquelle appartient à la femme. Que si le mari seul avait intenté ou défendu sur les actions pétitoires, la sentence rendue contre lui seul ne pourrait préjudicier à sa femme, comme n'ayant pas été partie dans l'instance. » Tous les commentateurs ont expliqué dans le même sens le texte de l'art. 233 de la coutume de Paris (2); et lorsque l'art. 1428, on l'a vu plus haut, n'est autre chose qu'une reproduction littérale de la coutume, il est impossible de lui donner une interprétation différente et beaucoup plus étendue. Tel est aussi l'avis de nombre d'auteurs (3).

(1) V. sur l'art. 233, *loc. cit.*, nos 1. 2 et 3.

(2) V. Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. II, sect. IV, n° 28; Renusson, *ibid.*, part. I, ch. VIII, nos 2 et suiv.; Prevot de la Jannès, n° 314; Bourjon, t. II, p. 576, nos 26 et suiv.; Lamoignon, *arrêtés*, tit. XXXII, art 58, 67 et 68; Pothier, *De la comm.*, n° 253; *Cout. d'Orléans*, introd., n° 154, et *De la puissance du mari*, n° 84

(3) V. MM. Duranton, t. XIV, n° 316; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n° 235; Zachariæ, t. III, p. 442, note 19; Taulier, t. V, p. 99; Mourlon, p. 38; Odier, t. I, nos 273 et suiv.

Néanmoins, il doit être entendu que le mari peut agir seul même au pétitoire dans la limite du droit d'usufruit qui appartient à la communauté. Seulement il agit alors non pas comme administrateur des biens de sa femme, mais comme chef de la communauté : il exerce un droit de la communauté, et non pas un droit de la femme. C'est une réserve faite par tous les auteurs qui ont refusé à l'administrateur l'exercice des actions pétitoires, et consacrée par la cour de cassation (1).

Et c'est aussi sur cette considération que repose la jurisprudence d'après laquelle l'exploit d'ajournement signifié au mari et à la femme par une seule copie est nul alors qu'il s'agit au procès d'un immeuble propre de la femme (2).

682. *Des aliénations.* — Comme administrateur de la fortune personnelle de la femme, le mari ne saurait, en principe, avoir le droit d'aliénation. En effet, ce droit lui avait été expressément refusé par la coutume de Paris, dont l'art. 226 était ainsi conçu : « Le mary ne peut vendre, échanger, faire partage ou licitation, charger, obliger ni hypothéquer le propre héritage de sa femme, sans le consentement de ladite femme; et icelle de par luy autorisée à cette fin. » Le Code civil, suivant encore en ceci les anciens principes, a dit également que le mari « ne peut *aliéner* les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. » *Aliéner*, expression générique qui comprend toute convention susceptible de déplacer la propriété de la femme ou d'en opérer le démembrement, qui embrasse tous les actes que la coutume de Paris avait pris le soin de préciser en les énumérant successivement. Ainsi, le mari, aujourd'hui comme sous l'ancienne jurisprudence, ne peut, sans en avoir reçu mandat de sa femme, donner, vendre, échanger en tout ou en partie les immeubles personnels de celle-ci. Il ne peut pas davantage, comme disait la coutume de Paris, *charger* ces immeubles, c'est-à-dire les grever d'un droit réel tel qu'une servitude, pas plus qu'il ne peut en consentir le partage, ni les frapper d'hypothèque. La jurisprudence étend même et avec raison la prohibition de la loi jusqu'à la concession par le mari de l'ouverture d'une carrière ou d'une minière sur un propre de la femme (3).

683. Mais, à l'exemple de la coutume de Paris, l'art. 1428,

(1) V. *Civ. cass.*, 14 novembre 1831 (aff. Dumont).

(2) V. *Req. rej.*, 24 mars 1841 (aff. Bigeon et Rouault); 15 juin 1842 (aff. Moraugiès).

(3) V. Amiens, 30 novembre 1837 (aff. Poitevin).

en n'autorisant l'aliénation par le mari que sauf le consentement ou le mandat de la femme, parle uniquement des immeubles. S'ensuit-il que le mari ait un pouvoir plus étendu par rapport aux meubles propres de la femme, et spécialement qu'il puisse les aliéner sans la participation de cette dernière ? La question soulève de graves difficultés. Toutefois l'intérêt pratique qu'elle présente ne se produit pas précisément à l'occasion du régime de la communauté légale, dans lequel toute la fortune mobilière des époux tombe, en général, dans le fonds commun : c'est pour cela, sans doute, que l'art. 1428 a parlé seulement des immeubles personnels de la femme. La difficulté ne s'élève sérieusement que par rapport aux mariages contractés sous l'empire de clauses particulières qui, telles que les conventions d'acquêt ou de réalisation, impliquent dans les propres mobiliers des époux un certain développement. Nous en renvoyons donc l'examen à la deuxième partie de ce chapitre, où nous traitons de la communauté conventionnelle (1).

684. Si le mari ne peut porter atteinte au droit de propriété de la femme, ce n'est pas à dire qu'il ne puisse pas disposer conventionnellement du droit de jouissance qu'il a relativement à cette propriété, comme chef de la communauté. Pourvu que l'aliénation par le mari de la jouissance ne lui enlève pas *le droit de faire tous* les actes conservatoires de la propriété de sa femme, nous croyons, avec M. Toullier (2), contrairement à l'avis exprimé par M. Battur (3), que l'aliénation est valable parce qu'en définitive elle ne compromet que le droit et l'intérêt du mari, qui, chargé de pourvoir aux besoins du ménage, trouvera ses ressources diminuées par le fait de la renonciation à un usufruit dont l'objet était de contribuer à satisfaire ces besoins. Si donc un même acte fait par le mari sans la participation de la femme contenait l'aliénation des fruits durant le mariage, et en même temps renonciation à la propriété du fonds, il serait valable, même par rapport à la femme, pour la vente des fruits jusqu'à la dissolution de la communauté. Mais serait-il également valable relativement à la vente de la propriété ? En généralisant la question, cela revient à demander quel est le sort de l'aliénation faite par le mari seul contrairement à la disposition prohibitive de l'art. 1428.

(1) V. t. II, nos 50 à 53.
(2) T. XII, n° 394. V. aussi M. Dalloz aîné, t. X, p. 215, n° 23.
(3) *De la communauté*, t. II, n° 562.

685. Sur cette question, qui, dans l'une des phases qu'elle présente, a fait naître une controverse qu'elle ne devait peut-être pas soulever, on peut répondre, en thèse générale, que l'aliénation est radicalement nulle (1). Là n'est pas la difficulté, puisque la disposition très-explicite de la loi déclare expressément que le mari ne peut aliéner les propres personnels de la femme sans son consentement. La difficulté n'est pas non plus de déterminer les droits que cette nullité confère à la femme : un immeuble qui lui appartenait a été aliéné par son mari ; elle a par cela même le droit de revendiquer cet immeuble entre les mains des acquéreurs; à moins qu'elle n'aime mieux, ce qui dans bien des cas sera préférable pour elle, par exemple si l'immeuble a péri ou a subi une détérioration, renoncer à toute revendication et réclamer le prix de l'immeuble, prix qui, par application de l'art. 1433, sera prélevé sur la communauté à titre de récompense.

La difficulté consiste particulièrement à déterminer dans quelle mesure et sous quelles conditions la femme, dans le cas où elle préfère revendiquer l'immeuble, peut faire sa revendication.

Écartons d'abord l'hypothèse où la femme renonce à la communauté. La solution, dans cette hypothèse, ne peut être douteuse pour personne. La femme, absolument étrangère à la communauté, est incontestablement fondée à exercer la revendication de l'immeuble pour la totalité. L'acquéreur *évincé* n'aura de recours que contre le mari ou ses héritiers, soit pour la restitution du prix, soit pour les dommages-intérêts qui sont une charge de la communauté dont le mari ou ses héritiers sont désormais propriétaires exclusifs par l'effet de la renonciation de la femme.

686. Mais si la question ne suscite aucune controverse dans cette hypothèse, il en est autrement dans le cas où la femme accepte la communauté. A cet égard on trouve dans la doctrine des anciens auteurs comme dans celle des auteurs modernes, les opinions les plus divergentes.

(1) La nullité a été proclamée relativement à la vente par le mari d'un immeuble dépendant d'une succession indivise échue à sa femme, et il a été jugé, dans ce cas, que la vente est tellement nulle que l'acquéreur ne peut intervenir au partage de la succession, ni comme propriétaire de l'immeuble, sur lequel le mari n'a pu lui donner aucun droit, ni comme créancier du mari, à raison des dommages-intérêts qu'il peut avoir à répéter contre lui par suite de la nullité de la vente. *Req. rej.*, 10 janvier 1844 (Mathieu c. Montaulieu).

Lebrun et avec lui la plupart des auteurs (1) enseignaient que la femme acceptante pouvait revendiquer son immeuble en totalité ; mais ils pensaient qu'en sa qualité de commune la femme devait non-seulement restituer à l'acquéreur la moitié du prix par lui payé au mari, mais encore participer pour moitié au payement des dommages-intérêts dus à cet acquéreur en vertu de l'obligation de garantie contractée par le mari.

Pothier, après avoir donné d'abord un effet plus énergique encore à ce fait que la femme en acceptant la communauté s'associait à la garantie due par le mari, après avoir soutenu en conséquence que, d'après la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, la femme ne pouvait revendiquer son immeuble propre que pour la moitié (2), Pothier a rétracté cette doctrine, et passant à un autre extrême, il a admis, comme Lebrun, que la femme acceptante n'était pas tenue de l'obligation de garantie résultant de la vente faite par le mari, et en conséquence qu'elle avait le droit de revendiquer son immeuble en totalité ; mais, en outre, il a soutenu que si la femme était obligée de restituer la moitié du prix versé dans la communauté, elle ne devait pas du moins, comme l'enseignait Lebrun, contribuer au payement des dommages-intérêts dus à l'acquéreur évincé (3).

Sous l'empire du Code civil, on trouve la même divergence. D'une part, M. Delvincourt distingue entre le cas où le mari a vendu l'immeuble de la femme comme appartenant à lui mari, et celui où il l'a vendu comme appartenant à sa femme en se portant fort pour elle. Dans le premier cas, la vente est nulle (C. civ., art. 1599), et la femme peut revendiquer son immeuble en totalité : seulement si le mari a été de bonne foi, les dommages-intérêts étant dus par la communauté, la femme en est tenue pour moitié ; tandis que si le mari a été de mauvaise foi, par conséquent, stellionataire, la femme n'est tenue d'aucune part dans les dommages qui, provenant d'un délit, ne sont pas à la charge de la communauté ou n'y sont que sauf récompense. Dans le second cas, la femme peut également revendiquer son

(1) V. Lebrun, *De la communauté*, liv. III, ch. II, sect. I, dist. 1, nos 7 et suiv. ; Renusson, *ibid.*, part. I, ch. VI, nos 64 et suiv. ; Ferrière, glos. uniq., sur l'art. 226 de la Cout., nos 5 et 7 ; Duplessis, t. I, p. 395 et suiv. ; Bourjon, t. I, p. 573 ; Valin, *Cout. de la Rochelle*, sur l'art. 29, § 1, n° 43.

(2) V. *Traité de la vente*, n° 179. On peut voir aussi dans ce sens Prevôt de la Jannès, t. II, n° 313.

(3) V. *Traité de la communauté*, n° 253.

immeuble pour le tout, en tenant compte pour moitié des dommages-intérêts (1). C'est, à peu de chose près, on le voit, la doctrine émise, sous l'ancienne jurisprudence, par Lebrun.

D'une autre part, selon M. Toullier, la femme ne peut revendiquer son immeuble propre vendu sans son consentement par le mari que jusqu'à concurrence de moitié, par la raison que la communauté est obligée au payement de toutes les dettes du mari et que l'obligation de garantie fait partie de ces dettes. C'est, on le voit, l'opinion primitivement enseignée par Pothier (2).

Enfin, dans un dernier système, qui est celui auquel Pothier s'est définitivement attaché, la femme acceptante peut revendiquer son immeuble en totalité en restituant seulement la moitié du prix, sauf à l'acquéreur évincé à se pourvoir pour le tout relativement aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation souscrite par le mari, contre le mari seul ou contre ses héritiers (3).

Entre ces divers systèmes, nous adoptons de préférence celui de Lebrun. Il ne nous paraît contestable d'abord que l'on ne peut opposer, dans ce cas, à la femme, la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, pour écarter la revendication de l'immeuble en totalité. En effet, le mari, d'après les termes exprès de la loi, ne pouvait pas vendre les propres de sa femme sans le consentement de celle-ci, ni par conséquent la dépouiller indirectement de son droit de propriété. Or, il l'en dépouillerait incontestablement pour partie si la garantie qu'il contracte en vendant, avait pour effet d'élever jusqu'à concurrence de la moitié de l'immeuble, une fin de non-recevoir contre la revendication exercée par la femme. Sous ce rapport, la doctrine de M. Toullier ne résiste pas à un sérieux examen. Le dernier des systèmes ci-dessus exposés n'y résiste

(1) V. aux notes, t. II, p. 636, et t. III, p. 37.

(2) Cette doctrine, longuement développée par M. Toullier, t. XII, n° 226, a été consacrée par un arrêt de la cour d'Amiens, du 18 juin 1814 (Esseux c. Minard). Ajoutons qu'elle a reçu aussi l'appui d'une autorité imposante, celle de M. Troplong, *De la vente*, t. I, n° 463. Toutefois, ce savant magistrat n'approfondit pas la question, il la résout en quelques mots et accessoirement à une théorie générale sur la difficulté que présente le principe de l'indivisibilité de la garantie lorsque le vendeur laisse plusieurs héritiers ou légataires universels. V. aussi M. Dalloz aîné, t. X, p. 262, n° 15.

(3) V. en ce sens MM. Merlin, *Rép.*, v° *Communauté*, § 3, n° 6; Battur, t. I, n° 308; Taulier, t. V, p. 100.

pas, ce nous semble, davantage. Toutes les dettes contractées par le mari pendant la durée de la société conjugale, tombent dans le passif de la communauté, sauf celles qui, d'après une disposition spéciale de la loi, ne peuvent être poursuivies que sur les biens personnels du mari : c'est un point que nous avons établi à la section précédente. Or, y a-t-il une disposition spéciale qui exempte la communauté du payement des dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation souscrite par le mari avec ou sans droit ? On n'en peut citer aucune. Les dommages-intérêts dus à l'acquéreur évincé d'un propre de la femme vendu par le mari, sont donc une charge de la communauté. Et s'ils sont une charge de la communauté, comment donc la femme acceptante en pourrait-elle répudier sa part ? Nous le croyons donc, la doctrine de Lebrun, qui avait prévalu déjà sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, doit encore prévaloir aujourd'hui. Ainsi, la femme, bien qu'elle accepte la communauté, n'en a pas moins le droit de revendiquer son immeuble pour la totalité ; mais, d'un autre côté, en tant que commune, elle doit restituer la moitié du prix qui a dû être versé dans la communauté et payer la moitié des dommages-intérêts qui, comme toute autre dette souscrite par le mari, grève le fonds commun (1).

687. En terminant sur ce point, nous ferons remarquer que si la femme, au lieu d'opter pour le prélèvement du prix de l'immeuble aliéné sur la communauté ainsi qu'elle en a le droit, comme on l'a vu au nombre précédent, se détermine à exercer la revendication, elle ne peut le faire avant la dissolution de la communauté. Elle ne serait pas fondée, pendant la durée de la société conjugale, à attaquer l'aliénation de l'un de ses propres consentie par le mari, sans sa participation à l'acte. « Elle ferait, dit très-bien Ferrière (2), une demande prématurée qui retomberait sur son mari, tant à raison du prix payé par l'acquéreur que pour les dommages-intérêts auxquels il serait condamné envers lui. Ainsi, je crois que le mari serait bien fondé de s'opposer à ce qu'elle fût autorisée par justice à cet effet, d'autant qu'elle ne risque rien pour attendre, pouvant, sans craindre la prescription, faire casser la vente qui en aurait été faite. » Sous

(1) Nombre d'auteurs se sont prononcés en ce sens. V. MM. Duranton, t. XIV, n° 321 ; Glandaz, *loc. cit.*, n^os^ 166 et 240 ; Zachariæ, t. III, p. 450 et note 14 ; Odier, t. I, n^os^ 279 et suiv.

(2) Sur l'art. 226, *De la cout. de Paris*, glos. uniq., n° 4. V. aussi Valin, *Cout. de la Rochelle*, sur l'art. 22, § 1, n° 43. V. cependant Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. II, sect. IV, n° 39.

l'empire du Code civil, la troisième disposition de l'art. 2256 conduit à la même solution (1).

688. *Actes conservatoires.* — La dernière disposition de l'article 1428 rend le mari « responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires. » Le mari, en vertu de cette disposition, est tenu, sous sa responsabilité, de faire tout ce que ferait un bon père de famille pour la conservation de la chose dont l'administration lui est confiée. Cela comprend, par conséquent, les réparations exigées par l'état des immeubles appartenant à la femme. Mais, il faut distinguer entre les réparations d'entretien et les grosses réparations. Les dernières seules sont faites par le mari comme mandataire de la femme; elles sont à la charge des immeubles, et les frais exposés pour les faire ne sont qu'une avance dont la communauté doit être indemnisée. Quant aux réparations d'entretien, elles sont une charge des fruits, et le mari doit les faire non comme administrateur des biens personnels de sa femme, mais comme usufruitier en sa qualité de chef de la communauté : la communauté seule en doit supporter les frais. Sous ce rapport, on doit se référer aux observations que nous avons présentées à la fin de la section précédente en traitant du passif de la communauté.

689. D'un autre côté, la dernière disposition de l'art. 1428 implique aussi la responsabilité du mari pour la perte à laquelle il exposerait sa femme par suite d'une prescription dont il aurait négligé d'interrompre le cours. La loi se réfère virtuellement ainsi à l'art. 2254, aux termes duquel « la prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari. » Le mari ne serait même pas, en principe, à l'abri du recours exercé par sa femme en s'excusant sur ce que la prescription avait commencé avant le mariage. Le mandat qu'il a pris à l'instant même où le mariage a été contracté lui impose l'obligation de veiller pour sa femme. Toutefois, si au moment du mariage il ne manquait que quelques jours à l'accomplissement de la prescription, la responsabilité du mari pourrait n'être pas considérée comme

(1) *Conf.* MM. Toullier, t. XII, n° 400; Dalloz aîné, t. X, p. 215, n° 25; Duranton, t. XIV, n° 320. — L'acquéreur lui-même ne pourrait attaquer la vente dès l'instant que la femme aurait offert de la ratifier et d'en passer acte. Colmar, 21 février 1815 (aff. Lévy).

engagée par l'accomplissement de la prescription. Ce serait le cas d'appliquer la disposition de la loi 16 ff. *de fundo dotali* : « *Planè si paucissimi diei ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito* (1). » Tout se réduirait à une appréciation de circonstances à faire par le juge. Au surplus, nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 1562, qui pose le principe de la responsabilité du mari pour les prescriptions acquises par sa négligence, par rapport aux biens dotaux de la femme. Le mari est administrateur au même titre dans les deux cas : ces solutions sont donc communes à l'un et à l'autre (2).

690. Dans tous les cas où elle est engagée, la responsabilité du mari se résout en dommages-intérêts : mais ces dommages, comme ceux dont il a été question au n° 686, sont une charge de la communauté. D'où la conséquence que la femme n'est fondée à les réclamer pour la totalité que dans le cas de renonciation de sa part à la communauté. Que si la femme accepte, il s'opère relativement aux dommages dont elle doit elle-même la moitié en tant que commune, une confusion par suite de laquelle elle n'en doit prélever que la moitié sur la part de son mari dans la communauté.

691. *Des baux et des renouvellements de baux.* — Le pouvoir de donner à bail va toujours, comme une conséquence, avec le pouvoir d'administrer : le mari, comme administrateur des biens personnels de sa femme, devait donc avoir la faculté de consentir seul et sans le concours de celle-ci la location de ces biens. En effet, la coutume de Paris, dont l'art. 226, on vient de le voir, prohibait toute espèce d'aliénation de la part du mari, avait fait une exception à la règle en faveur de cette espèce d'aliénation temporaire résultant du bail. L'art. 227 de la coutume disait : « Peut toutefois le mary faire baux à loyer ou moisson, à six ans pour héritage assis à Paris, et à neuf ans pour héritage assis aux champs, et au-dessous, sans fraude. » Le principe a été également consacré par les rédacteurs du Code civil. Les baux consentis par le mari seul sont donc obligatoires pour tous, pour le preneur, pour le mari, pour la femme et pour la communauté, tant que cette communauté dure.

692. Mais quelle influence la dissolution de la communauté devait-elle exercer sur les baux consentis par le mari seul ? Ces

(1) *Conf.*, M. Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 761.
(2) V. notre t. II, n° 475.

baux devaient-ils subsister malgré cet événement? Devaient-ils, au contraire, cesser à l'instant même? Le législateur se trouvait en présence d'un double danger. D'une part, il ne pouvait faire de la dissolution de la communauté une cause de dissolution pour le bail, sans anéantir dans les mains du mari ce pouvoir de donner à bail, inséparable pour lui de sa qualité d'administrateur. Qui donc, s'il n'est assuré de jouir pendant un certain nombre d'années, se déciderait à prendre un immeuble à ferme?... D'une autre part, le législateur ne pouvait faire survivre le bail, quelle que fût sa durée, à la dissolution de la communauté, sans porter au droit de propriété de la femme ou de ses héritiers l'atteinte la plus grave. La femme, par la dissolution du mariage, ou ses héritiers si c'est par sa mort que le mariage se dissout, prennent la propriété avec ses accessoires utiles, le droit d'administrer personnellement et le droit de jouir. Pouvaient-ils dès lors être forcés de subir indéfiniment la gêne résultant de baux d'une durée exorbitante et peut-être d'un produit disproportionné?... La loi, prévoyant ce double inconvénient, s'est attachée à concilier tous les intérêts. L'art. 1429 dit, dans ce but: « Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. » C'est la théorie que la loi applique expressément aux baux consentis par les mineurs émancipés (C. civ., art. 481); aux baux consentis par l'usufruitier des biens soumis à son usufruit (C. civ., art. 595); enfin, aux baux consentis par les tuteurs sur les biens des mineurs placés sous leur tutelle (C. civ., art. 1718) : et cette théorie est facile à saisir. Le bail passé par le mari administrateur des biens de sa femme est entièrement obligatoire pour celle-ci ou pour ses héritiers même après la dissolution de la communauté, s'il ne dépasse pas neuf années. Si le bail est consenti pour une plus longue durée, on le suppose divisé en périodes de neuf années, et le preneur ne conserve pas la jouissance au delà du temps nécessaire à compléter la période dans laquelle il se trouve au moment de la dissolution de la communauté. Ainsi, supposons un bail de vingt années : il comprend deux périodes de neuf ans chacune, plus une fraction de la troisième période. Dans ce cas, la communauté se

dissout-elle durant la septième année, le preneur n'a plus que deux ans à jouir. La communauté se dissout-elle dans la dixième année, la deuxième période étant commencée, le preneur a pour huit ans encore une jouissance assurée. Enfin, la communauté se dissout-elle dans la dix-neuvième année, alors le bail arrive au terme qui avait été convenu avec le mari administrateur des biens de sa femme.

693. Telle est l'économie de la loi. Mais, remarquons-le, elle est ainsi établie pour le cas où le bail a été consenti par le mari seul, et elle a particulièrement pour but l'intérêt de la femme. De là plusieurs conséquences.

La première, que si le bail a été consenti par le mari et par la femme conjointement, ce bail est obligatoire pour la femme même après la dissolution de la communauté. La femme s'est liée personnellement; elle n'a plus de motif pour invoquer le bénéfice de l'art. 1429 (1).

La seconde, que dans le cas où le bail a été consenti par le mari sans le concours de la femme, cette dernière ou ses héritiers peuvent seuls se plaindre de la longueur excessive du bail : le preneur n'a pas ce droit (2). Si donc la femme renonce au bénéfice de l'art. 1429 et ratifie le bail, la convention faite par le preneur avec le mari reçoit son entier effet. Seulement, comme le preneur a intérêt à être fixé sur sa situation, il faut admettre en sa faveur le droit de faire sommation à la femme de prendre parti dans un délai déterminé.

694. En ce qui concerne la répartition des fruits produits par le bail entre la communauté à qui ces fruits appartiennent tant qu'elle dure, et la femme ou ses héritiers auxquels ces fruits doivent être attribués après la dissolution de la communauté, nous nous en sommes expliqués en traitant du passif de la communauté (3).

695. Le droit pour le mari de donner à bail les immeubles personnels de sa femme étant ainsi réglé, il y avait à s'occuper des renouvellements de baux. Ici encore la loi devait prendre un

(1) V. en ce sens, Bourges, 17 nov. 1829 (aff. D'Apremont).

(2) *Conf.* MM. Duranton, t. IV, n° 588; Zachariæ, t. III, p. 4, et note 3; Duvergier, *Du louage*, t. I, n° 41; Troplong, *ibid.*, t. I, n° 151. Il résulte même d'un arrêt de la cour de Bruxelles, que la disposition de la loi peut être invoquée alors même que la femme succède à son mari à titre universel. Arrêt du 29 juillet 1812 aff. Couder). C'est aussi notre avis. V. *Conf.* M. Zachariæ, t. III, p. 449, et note 10.

(3) V. *suprà*, n. 390.

terme susceptible de concilier l'intérêt de l'administration confiée au mari et celui de la propriété demeurant à la femme. D'une part, en effet, il ne suffit pas qu'un administrateur accomplisse avec le soin d'un bon père de famille la mission qui lui est confiée, qu'il établisse des baux ou des locations même à des conditions avantageuses; il faut encore qu'il s'assure de nouveaux preneurs ou de nouveaux locataires pour le moment où les baux consentis viendront à prendre fin : cela importe, pour qu'un nouveau bail succédant immédiatement à un bail expiré, l'administrateur ne garde pas un seul instant improductives entre ses mains les propriétés qu'il administre. Le législateur devait donc permettre au mari de consentir des baux anticipés, c'est-à-dire de ne pas attendre l'expiration d'un bail pour le renouveler avec les mêmes preneurs ou en consentir un nouveau avec d'autres. D'un autre côté, cette faculté même aurait donné au mari un moyen facile d'éluder la disposition de l'art. 1429 et de tenir pour longtemps entravé, après la dissolution de la communauté, le droit de propriété de la femme, si cette faculté n'eût été renfermée dans de certaines limites. Avec un droit absolu d'anticiper sur un bail non encore expiré, voici ce qui pourrait arriver. Le mari, libre d'agir, après avoir consenti un premier bail de neuf années l'aurait renouvelé pour neuf années encore, et cela quelques mois, un an peut-être après la première convention. Si l'on suppose maintenant que la communauté vienne à se dissoudre quelques jours après le renouvellement du bail, la femme ou ses héritiers demeureront obligés pour tout ce qui restait à courir du premier bail et pour toute la durée du second, c'est-à-dire pour une période de dix-sept années au moins : et la loi eût manqué le but qu'elle se proposait d'atteindre par l'art. 1429.

Mais le législateur a prévenu ces inconvénients par une disposition spéciale qui, en laissant au mari les pouvoirs nécessaires à un administrateur diligent, assure aux droits éventuels de la femme ou de ses héritiers toute la protection que l'art. 1429 a eu pour but de leur donner. En effet, aux termes de l'art. 1430, « les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté. » Ainsi, la loi distingue entre le cas où le nouveau bail a commencé au moment de la dissolution de la communauté, et celui où à ce même moment le pre-

mier bail dure encore. Dans le premier cas, le renouvellement du bail, irrégulier ou non, est obligatoire pour la femme, mais seulement dans la limite de l'art. 1429. Dans le second, le renouvellement est sans aucun effet si, par sa date, il précède l'expiration du bail courant encore à la dissolution de la communauté, de plus de trois ans s'il s'agit de biens ruraux, et de plus de deux ans s'il s'agit de maisons : il produit tout son effet, au contraire, s'il a été consenti dans les termes de l'art. 1430. Par où l'on voit que, dans l'hypothèse même la plus défavorable à la femme, celle où le renouvellement du bail a été fait régulièrement, la femme ou ses héritiers ne peuvent être tenus au plus que pendant douze années après la dissolution de la communauté : il faut supposer pour cela qu'il s'agit de biens ruraux ; que le renouvellement du bail a été fait trois ans avant l'expiration du terme assigné au bail renouvelé ; enfin, que la communauté s'est dissoute le jour même où ce bail a été renouvelé. Alors, en effet, aux termes de la loi, la femme ou ses héritiers doivent subir les trois années qui restaient à courir du premier bail, plus une première période de neuf ans dans le nouveau bail.

696. Une première période de neuf ans, disons-nous. Car nous n'adoptons pas l'opinion de M. Proudhon (1), qui, en se fondant sur ces termes de la loi, « les baux de neuf ans *ou au-dessous*, » enseigne que les baux de plus de neuf ans passés ou renouvelés par le mari avant les époques indiquées dans l'article 1430 sont absolument inefficaces à l'égard de la femme, même dans le cas où l'exécution en aurait commencé avant la dissolution de la communauté. Tous les auteurs écartent comme peu concluant l'argument *à contrario* tiré par M. Proudhon des termes de l'art. 1430, et admettent que l'application de cet article est indépendante de la durée pour laquelle ont été passés les baux dont il y est question (2).

697. En principe, il n'est dû aucune indemnité au fermier expulsé lorsqu'il a accepté du mari un bail de plus de neuf années. Toutefois, la règle cesserait d'être applicable si le mari avait trompé le fermier, par exemple s'il lui avait affermé les immeubles comme appartenant à lui mari ou à la communauté. Dans ce cas, il serait dû au fermier des dommages-intérêts qui,

(1) V. *Traité de l'usufruit*, t. III, n° 1213.

(2) V. MM. Bellot, t. I, p. 497 ; Zachariæ, p. 449, note 8 ; Troplong, *Du louage*, t. I, n° 152 ; Gilbert, *Codes annotés* sur l'art. 1430, n° 5.

étant une charge de la communauté, devraient être supportés pour moitié par la femme en cas d'acceptation.

698. A l'égard des baux même de neuf ans ou au-dessous que le mari aurait consentis en fraude des droits de la femme, celle-ci ou ses héritiers ne seraient pas tenus de les entretenir. Le texte de l'art. 227 de la coutume de Paris était explicite sur ce point. Il n'y a aucun motif pour ne pas suivre aujourd'hui le principe que cet article consacrait. On pourrait donc déclarer non obligatoire pour les héritiers de la femme le bail même de neuf ans consenti par le mari pendant que cette dernière était atteinte d'une maladie dont elle est morte peu de jours après : on pourrait aussi considérer comme non obligatoire le bail consenti par le mari pendant une instance en séparation de biens, avec stipulation de payement des fermages par anticipation (1) ; ou encore celui qui, au moyen de pots-de-vin considérables exigés des preneurs à l'insu de la femme, aurait été passé à un prix modique (2).

Mais le seul fait de la vileté du prix ne suffirait pas pour faire annuler le bail, s'il n'y avait d'ailleurs preuve de dol et de fraude. Cette solution a été consacrée par la cour de cassation sur le motif que la lésion n'a pas lieu pour vileté du prix d'un bail (3) ; et elle est généralement approuvée par les auteurs (4).

699. Sauf les diverses restrictions que nous venons de signaler, la femme conserve toute sa personnalité quant à ses biens propres. Ainsi, lorsqu'elle intervient dans tous les actes du mari, même dans les actes d'administration, il lui suffit, pour s'obliger et être définitivement tenue, de la simple autorisation du mari, dont elle a toujours besoin d'après le droit commun. On en trouve une preuve décisive dans l'art. 1432 du Code civil, qui, prévoyant le cas où la femme aliène directement l'un de ses propres avec la garantie de son mari, traite le mari comme un tiers qui aurait garanti l'obligation, et lui réserve son entier recours s'il est inquiété. En effet, aux termes de cet article : « Le mari qui garantit solidairement ou autrement la vente

(1) *Conf.* Angers, 16 août 1820 (aff. Roulois).

(2 V. dans Ferrière, les observations de Camus sur l'art. 227, t. III, p. 257-258.

(3) V. *Req. rej.*, 11 mars 1824 (aff. Marmin).

(4) V. MM. Toullier, t. XII, n° 408 ; Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, n° 1219 ; Troplong, *Du louage*, t. I, n° 154 ; Gilbert, *Codes annotés* sur l'article 1430, n° 2.

que sa femme a faite d'un immeuble personnel a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété. » Nous compléterons le présent paragraphe par quelques observations que suscite cet article.

700. Dans l'hypothèse prévue, le mari agit évidemment dans l'intérêt de la femme. La supposition de la loi est que la femme aliène un de ses immeubles; le mari garantit le remboursement du prix à l'acquéreur en cas d'éviction totale ou partielle; et l'éviction a lieu. Si le mari est recherché par suite de la garantie qu'il a donnée, il a un recours contre la femme; et s'il est condamné il doit être indemnisé pour le tout, soit que la femme accepte la communauté, soit qu'elle y renonce: dans le premier cas, l'indemnité est prise tant sur la part de la femme dans la communauté que sur ses biens personnels; dans le second, les biens personnels de la femme répondent seuls de cette indemnité.

701. L'art. 1432 parle du mari qui garantit solidairement ou *autrement*. Il ne faut pas conclure de là que la garantie soit due par le mari lorsqu'il se borne à autoriser sa femme: nous avons établi déjà l'inexactitude de cette déduction (1). La loi exprime seulement par là l'idée que la garantie est due par le mari non-seulement lorsque celui-ci s'engage *solidairement* avec sa femme, mais encore lorsqu'il traite *conjointement* avec elle. La prévision du législateur embrasse la garantie solidaire et la garantie non solidaire. L'acquéreur a donc une action en garantie contre le mari même lorsque le mari sans garantir solidairement la vente l'a seulement consentie conjointement avec sa femme; et par conséquent dans ce cas encore, le mari a son recours contre sa femme, qui doit l'indemniser dans les termes ci-dessus indiqués.

702. Dans ce cas, comme dans le précédent, le mari doit attendre la dissolution de la communauté pour exercer son recours. Cela s'induit de l'art. 1478 du Code civil, dont la disposition sera ultérieurement expliquée. En outre, on peut dire qu'il serait dangereux et contraire au bon ordre d'autoriser un procès de cette nature entre les époux pendant la durée de la communauté.

703. Le recours que la loi attache à l'obligation de garantie contractée par le mari envers l'acquéreur d'un propre de la femme, s'applique tout aussi bien et même à plus forte raison

(1) V. *suprà*, n. 589.

à l'obligation de garantie contractée par la femme envers l'acquéreur d'un propre du mari.

§ 3. — Des récompenses.

704. Principes des récompenses ou des indemnités. — Division.

704. Le législateur a pris le plus grand soin de régler la composition respective des trois patrimoines distincts dont le régime de la communauté suppose l'existence; mais en vain se serait-il montré prévoyant sous ce rapport, s'il n'eût en même temps avisé à un moyen de corriger des empiètements que la réunion de ces trois patrimoines sous la main d'un même administrateur devait rendre pour ainsi dire inévitables. De là le principe des indemnités ou des récompenses. Les récompenses ont donc pour but de maintenir la composition du fonds commun et du patrimoine personnel de chacun des époux dans les termes mêmes où cette composition est fixée par la loi : en ce sens, le principe des récompenses est un corollaire de cet autre principe posé dans l'art. 1395, d'après lequel les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.

Nous aurons à examiner distinctement, dans ce paragraphe, les trois cas prévus par la loi : 1° celui où récompense est due par la communauté à l'un des époux (C. civ., art. 1433, 1436); 2° celui où récompense est due par l'un des époux à la communauté (C. civ., art. 1437) ; 3° enfin, celui où récompense est due par l'un des époux à l'autre (C. civ., 1478, 1479).

ART. 1er. — *Des récompenses dues par la communauté aux époux.*

Sommaire.

705. Dans le dernier état de la législation coutumière, toutes les fois que la communauté s'était enrichie ou avait été avantagée aux dépens des biens personnels des époux, elle devait récompense.

706. Le principe a été consacré par la nouvelle législation. — Texte de l'article 1433.

707. La récompense n'est due que tout autant que l'aliénation d'un propre n'a pas été suivie de remploi. — Renvoi.

708. A quelles conditions s'exerce le droit à la récompense. — Art. 1436.

709. La communauté ne devient débitrice de la récompense que lorsqu'elle a reçu la valeur propre à l'époux qui prétend à cette récompense.

710. Suite.
711. Qui doit faire la justification nécessaire pour l'exercice du droit?
712. La récompense n'est due que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné.
713. Mais elle doit s'entendre du prix réel et non pas seulement du prix déclaré.
714. Ce prix comprend les accessoires, comme pots-de-vin et épingles; il ne comprend pas les intérêts.
715. Suite.
716. Du cas où l'un des époux a aliéné un droit perpétuel pour un droit temporaire, et à l'inverse un droit temporaire pour un droit perpétuel.
717. Du reglement de la récompense lorsque des coupes de bois ont été faites contrairement aux regles de l'usufruit.
718. Sur quels biens le droit à la récompense doit-il être exercé?
719. Suite. — Renvoi.

705. Toutes les fois que la communauté s'est enrichie ou qu'elle a été avantagée aux dépens des biens personnels de l'un des époux, elle doit récompense à cet époux. Ce principe, consacré déjà par la législation coutumière, n'y fut pas cependant reconnu de tout temps. L'ancienne coutume de Paris avait été conçue en ce sens, que même pour le prix des propres aliénés pendant le mariage il n'y avait pas lieu à la reprise, à moins qu'il n'eût été expressément stipulé dans le contrat de mariage, ou du moins dans le contrat d'aliénation, que l'époux propriétaire aurait le remploi de son prix. A défaut de cette déclaration, le prix des propres aliénés tombait sous l'application de l'art. 100 de l'ancienne coutume, dont la disposition absolue faisait entrer dans la communauté les meubles des conjoints. Mais comme cet état de la législation offrait aux époux le moyen de s'avantager pendant le mariage, contrairement à la prohibition expresse de la loi, on admit, en 1580, lors de la réformation de la coutume, que dans ce cas spécial de l'aliénation des propres, la récompense serait due indépendamment de toute convention des parties. Tel fut l'objet de l'art. 232 de la nouvelle coutume, où on lit : « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente ; encore qu'en vendant n'eût été convenu du remploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faite. » L'ancien état des choses continua de subsister encore pendant quelque temps dans celles des coutumes qui ne s'étaient pas expliquées ; mais bientôt cette disposition de la coutume de Paris fut généralisée par la jurisprudence.

Ajoutons même que les interprètes et la jurisprudence ne s'en tinrent pas au texte restrictif de la coutume : l'art. 232 fut considéré comme l'expression d'un principe; en conséquence on décida que ce n'était pas seulement la vente des propres qui donnait lieu à la reprise, mais encore toute espèce d'aliénation par laquelle il parvenait à la communauté, soit quelque somme d'argent ou autre chose, soit quelque avantage appréciable à prix d'argent (1).

Si la législation nouvelle autorise les libéralités entre époux, elle y met au moins ce tempérament que ces donations sont essentiellement révocables (art. 1096). Or, le principe des récompenses écarté, la carrière était ouverte aux libéralités indirectes ou déguisées, et comme la preuve du déguisement est des plus difficiles, le principe de la révocabilité se trouvait à peu près supprimé de fait. Le Code civil, bien qu'il ait suivi relativement aux avantages entre époux des règles opposées à celles de la plupart des anciennes coutumes, n'a dû donc pas moins admettre ce principe d'une récompense en faveur de l'époux dont les biens personnels ont, de quelque manière que ce soit, procuré un avantage à la communauté. Ainsi a-t-il fait. Il serait inutile de rappeler ici les divers cas dans lesquels le législateur a fait de cette récompense l'objet d'une réserve expresse. Ces cas ont été successivement indiqués dans les observations que nous avons présentées à l'occasion de l'actif et du passif de la communauté. Ils se résument tous dans cette idée fondamentale empruntée au dernier état de la jurisprudence coutumière, que le fonds commun n'ayant droit à rien autre que ce qui lui est attribué par les dispositions expresses de la loi, et devant supporter toutes les dettes qui sont formellement mises à sa charge, il y a lieu à récompense en faveur de l'un ou de l'autre des époux toutes les fois que, par une circonstance quelconque, cet époux a enrichi le fonds commun en s'appauvrissant lui-même, soit qu'il ait versé dans ce fonds ou qu'il lui ait procuré des valeurs qui n'en devaient pas faire partie, soit qu'il ait payé à sa décharge des dettes que seul il aurait dû supporter.

706. Il faut donc considérer comme purement énonciative la disposition de l'art. 1433, qui, posant le principe de la récom-

(1) V. notamment Ferrière, sur l'art. 232, glos. uniq., et Pothier, *De la communauté*, n° 585, et n°s 593 et suiv.; Duplessis, *Tr. de la communauté de biens*, liv. II, ch. IV, sect. II (t. I, p. 445, édit. de 1726).

pense, mentionne seulement deux cas dans lesquels la récompense est due. Aux termes de cet article, « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés. » Ce sont là deux cas particuliers qui n'excluent pas tous les autres dans lesquels il y a lieu à récompense en faveur de l'un des époux; et cet article ne peut être considéré que comme servant de point de départ aux règles d'après lesquelles devront être fixées la quotité de la récompense, les conditions auxquelles le droit à la récompense est subordonné, et les biens sur lesquels la récompense peut être prélevée.

707. A ce point de vue, l'art. 1433 prévoit deux hypothèses. Ou bien les valeurs versées dans la caisse commune par l'un des époux auquel ces valeurs appartenaient en propre, ont été l'objet d'un emploi ou d'un remploi, ou bien ces valeurs sont restées dans la caisse commune.

Dans la première hypothèse, l'époux dont le propre a été aliéné n'a pas d'indemnité à prétendre, pourvu que l'emploi ou le remploi ait été fait d'après les formes et selon les conditions fixées par les art. 1434 et 1435. La chose acquise en remploi tient lieu à cet époux de son propre aliéné : c'est l'un des cas de subrogation dont nous avons parlé en traitant de l'actif de la communauté (1).

708. Le droit à la récompense ne s'exerce donc que dans la première hypothèse. Mais suivant quelles règles et à quelles conditions? C'est ce que l'art. 1436 a pour objet d'expliquer. D'après cet article, « la récompense du prix de l'immeuble appartenant au mari ne s'exerce que sur la masse de la communauté; celle du prix de l'immeuble appartenant à la femme s'exerce sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté. Dans tous les cas, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. » Ajoutons à cette disposition la précision de l'art. 1433, qui, pour donner ouverture au droit à une récompense, exige que le prix du propre aliéné *ait été versé dans la communauté*, et l'on embrasse d'un coup d'œil les condi-

(1) V. *suprà*, n. 501 à 524.

tions exigées par la loi, la mesure du droit qu'elle accorde, et les biens qu'elle affecte à l'exercice de ce droit.

Chacun de ces objets donne lieu à des observations particulières.

309. La communauté ne devient débitrice de la récompense que par la réception de la valeur propre à l'époux qui prétend avoir droit à cette récompense. C'est la condition nécessaire pour que le prélèvement puisse être exercé ; telle était aussi la règle sous l'ancienne jurisprudence. « Lorsque le propre de l'un des conjoints a été aliéné durant la communauté, dit Pothier (1), il doit, lors de la dissolution de la communauté, avoir la reprise sur les biens de la communauté *de tout ce qui est parvenu à la communauté par l'aliénation de ce propre.* » L'art. 1433 du Code civil exprime la même idée avec non moins de précision lorsqu'il dit : « S'il est vendu un immeuble... *et que le prix en ait été versé dans la communauté*... il y a lieu au prélèvement... » Néanmoins, il a été jugé que le mari ou ses héritiers ont le droit de prélever sur la communauté le prix de ses propres aliénés, alors même que ce prix aurait été donné manuellement par le mari à un tiers, et qu'ainsi la communauté n'en eût pas profité (2). Mais cette décision n'est pas en opposition avec la règle : au contraire, elle est expressément fondée sur ce que le mari s'étant approprié le prix des immeubles par lui vendus en en donnant quittance aux acquéreurs, il était par cela même certain que *le prix avait été versé dans la communauté*, bien que par le fait du mari la communauté ait pu ne pas en profiter. La condition de la loi était donc remplie dans l'espèce, et comme d'un autre côté le mari trouvait dans ses pouvoirs d'administrateur le droit de donner à titre particulier des valeurs mobilières prises dans la communauté (art. 1422), il était difficile que la contestation aboutît à un résultat différent de celui qu'elle a obtenu.

310. Par suite de la règle, le prix de l'immeuble propre de l'un des époux, tant qu'il est encore dû, est la propriété exclusive de cet époux (3) ; par conséquent ce prix, que le vendeur peut toujours réclamer de l'acquéreur, ne donne pas lieu à une récompense à prendre sur la communauté ; si une portion seu-

(1) V. *De la communauté*, n° 585.

(2) V. Angers, 7 mars 1845 (aff. Jollivet).

(3) Il a été jugé en conséquence de ce principe que s'il s'agit du prix d'un propre de la femme, les créanciers du mari ne peuvent saisir entre les mains de l'acquéreur le prix représentatif de l'immeuble vendu. Nancy, 20 août 1827 (Brocard c. Fortier).

lement a été payée, la récompense n'est due que jusqu'à concurrence de cette portion, encore même que l'acquéreur soit devenu insolvable. Toutefois, ceci ne doit être entendu d'une manière absolue que dans le cas où l'on ne peut pas attribuer à la négligence le retard mis dans le recouvrement du prix. S'il en était autrement, les principes exposés à l'article précédent feraient admettre une différence notable entre le mari et la femme. Ainsi, on doit reconnaître que le mari, s'il a vendu un immeuble dont par suite de sa négligence à poursuivre l'acquéreur devenu insolvable une portion du prix seulement a été payée, n'est créancier de la communauté que jusqu'à concurrence de cette portion. Mais s'il s'agit d'un propre de la femme, le droit est absolu pour celle-ci; le prix de l'aliénation n'eût-il été payé qu'en partie, la femme n'est pas moins créancière de la communauté pour la totalité, parce qu'en sa qualité d'administrateur des biens personnels de sa femme, le mari est responsable de la perte des créances arrivée par sa faute.

711. Lorsque l'un des époux prétend à une récompense pour le prix d'un propre aliéné pendant le mariage, est-ce à lui de faire toutes les justifications nécessaires à l'exercice de son droit? Dans une circonstance semblable, la cour de Bourges avait pensé que le fait seul de la vente durant le mariage emportait présomption que le prix avait été versé dans la communauté, et partant que le droit à la récompense devait être admis si la preuve contraire n'était faite contre l'époux qui prétendait exercer ce droit. Mais l'arrêt ayant été déféré à la cour suprême, cette cour a fait application de l'art. 1315, d'après lequel c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à la prouver; en conséquence, elle a déclaré que le droit à la récompense étant fondé sur le versement dans la communauté du prix de l'immeuble aliéné, la preuve du versement est à la charge de l'époux qui s'en prévaut pour demander le prélèvement (1).

Il est remarquable que dans l'espèce la récompense était réclamée par le mari. Supposons qu'elle soit réclamée par la femme : la solution serait-elle la même? Cela dépendra beaucoup des circonstances. On ne doit pas oublier que le mari est administrateur des biens personnels de sa femme; il est donc présumé avoir reçu le payement du prix si ce prix était exigible : et à moins de circonstances particulières dont les tribunaux seraient appréciateurs souverains, le droit de la femme devrait

(1) *Civ. cass.*, 13 août 1832 (aff. Douhet-Pradat).

être maintenu tant que le mari ne prouverait pas contre elle, soit qu'elle a touché elle-même le prix du propre aliéné, soit que ce prix est encore dû par l'acquéreur (1).

712. Le droit à une récompense étant une fois établi, quelle en doit être la mesure? L'art. 1436 est fort explicite sur ce point. « Dans tous les cas, dit-il, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. » Ainsi vainement la communauté prétendrait-elle que l'immeuble aliéné pour 20,000 fr., par exemple, n'en valait que 15,000. Vainement, d'un autre côté, l'époux propriétaire assignerait-il à son immeuble vendu une valeur supérieure à celle pour laquelle l'aliénation a été consentie. La loi n'admet ni l'une ni l'autre allégation. La communauté n'a pas fait une opération pour son compte; en conséquence elle ne doit pas profiter du bénéfice réalisé, et par cela même, lorsqu'il y a perte, elle n'en est pas responsable; l'époux ne peut imputer qu'à lui-même d'avoir donné son consentement. La loi s'attache uniquement au prix, et en cela elle a suivi les principes consacrés par la coutume de Paris, sous l'empire de laquelle la reprise n'était ni du prix auquel le propre avait été estimé par le contrat de mariage, ni de celui qu'il valait lors de l'aliénation, mais précisément du prix pour lequel le propre avait été vendu, soit au-dessus, soit au-dessous de ce qu'il valait (2).

713. Mais quel est le prix dont la loi entend parler? Est-ce le prix réel? Est-ce le prix déclaré? On pourrait s'y méprendre. La loi dit que la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, d'où il semblerait résulter que la loi fait allusion au prix déclaré. La cour de Lyon, adoptant cette interprétation, a décidé, par arrêt du 11 février 1842, qu'aux termes de l'art. 1436, il n'est dû récompense à la femme commune que du prix de ses immeubles *porté au contrat*, quelque allégation qui soit faite sur le prix de l'immeuble vendu. Mais cette décision a été cassée et elle devait l'être. Les principes généraux d'après lesquels l'un des patrimoines dont la communauté suppose l'existence ne doit jamais s'enrichir aux dépens des autres, seraient bien des fois méconnus ou violés si l'appréciation de la cour de Lyon pouvait prévaloir. Il arrive souvent que, dans un intérêt plus ou moins avouable, le prix réel d'un immeuble est dissimulé dans l'acte qui

(1) V. *Conf.*, MM. Zachariæ, t. III, p. 453, note 4, et Glandaz, n° 225.
(2) V. Pothier, *De la communauté*, n° 586.

en constate la mutation. C'est un moyen fréquemment employé pour frauder le fisc : on diminue alors le prix pour atténuer à proportion le droit que toute mutation rend exigible. Si la vente a pour objet le propre de l'un des époux, on peut également diminuer le prix pour procurer à la communauté un avantage indirect ; et réciproquement le prix peut être augmenté pour avantager l'époux vendeur aux dépens de la communauté. Le mari surtout, entre les mains de qui se trouve la gestion de tous les biens, des biens propres à chacun des époux et des biens de la communauté, aurait toute facilité de grever ou de dégrever la communauté suivant son intérêt. La femme, si elle n'avait dans tous les cas le droit d'établir la fausseté de la déclaration portée au contrat et de constituer ainsi la communauté débitrice de ce qu'elle a réellement reçu, ni plus ni moins, la femme, presque toujours à la discrétion du mari, verrait la récompense mise à la charge de la communauté s'étendre ou s'amoindrir suivant que le mari aurait vendu l'un de ses propres à lui ou l'un des propres de la femme. C'est cette possibilité même que la cour suprême a entendu écarter en proscrivant la doctrine émise par la cour de Lyon (1).

Cette solution se concilie même avec la lettre de la loi. L'article 1436 ne dit pas, en effet, que la récompense n'*est que du prix porté au contrat;* il dit expressément que la récompense n'a lieu que *sur le pied de la vente.* Le législateur a voulu faire cesser d'anciennes divergences nées de ce que quelques coutumes autorisaient à calculer la récompense ou la reprise d'*après le juste prix* de l'immeuble vendu. On peut donc conclure de la disposition de la loi nouvelle que l'un des époux ne serait pas recevable à prétendre que son immeuble était d'une valeur supérieure à celle pour laquelle il a été aliéné. Mais on n'en doit pas conclure qu'il soit mal fondé dans sa réclamation lorsqu'il propose d'établir que, quelle que soit la valeur de l'immeuble, le prix qui en a été retiré est différent du prix exprimé au contrat. L'époux est alors dans les termes mêmes de la loi qui accorde la récompense *sur le pied de la vente.* Car la vente, c'est la convention qui existe indépendamment de l'écriture ; ce n'est pas l'acte qui constate cette convention.

Le système consacré par la cour suprême ne peut donc qu'être approuvé. Il est à remarquer que dans l'espèce où la cour a

(1) V. *Civ. cass.*, 14 février 1843 (Berne c. Bruyn). V. aussi Besançon, 21 juin 1845 (Chevalier-Gibaud).

statué, la femme dont le propre avait été aliéné avait été partie à l'acte de vente dont elle proposait d'établir l'inexactitude en ce qui concerne la déclaration du prix. Malgré cette circonstance, la femme n'en a pas moins été admise à faire sa preuve même par témoins. La femme, en effet, comme l'a dit la cour suprême, ne peut perdre une partie de la récompense à laquelle elle a droit par un fait qui est ordinairement le résultat forcé de l'ascendant marital.

714. La récompense due par la communauté ne comprend pas seulement le prix principal que la communauté a reçu; elle s'étend à tout ce qui est accessoire de ce prix, comme pots-de-vin, épingles, etc... C'est une conséquence du principe virtuellement consacré par la législation nouvelle et emprunté par les rédacteurs du Code aux interprètes de la législation coutumière, principe d'après lequel la reprise est due de tout ce qui est parvenu à la communauté par l'aliénation du propre du conjoint. Par un motif semblable, il y a lieu de comprendre dans le prix dont la reprise est due, les charges appréciables à prix d'argent qui ont été imposées à l'acheteur et dont la communauté a profité, et en sens inverse, le prix des servitudes que l'époux vendeur a imposées, lors de l'aliénation, sur son immeuble au profit d'un conquêt de la communauté.

Quant aux intérêts du prix, ils ne sont pas compris dans la récompense due à l'époux propriétaire du propre aliéné. Ces intérêts ne courent que du jour où la communauté est dissoute (C. civ., art. 1473). Jusque-là, les intérêts tiennent lieu à la communauté des fruits qu'elle aurait perçus si la chose n'avait pas été aliénée (1). Mais comme l'époux propriétaire de l'immeuble aliéné ne devait aucune garantie à la communauté à raison de la jouissance de ce propre, la règle relative aux intérêts du prix subsistera la même, soit que ces intérêts produisent moins, soit qu'ils produisent plus pour la communauté que n'auraient produit les fruits du propre aliéné.

715. Cette dernière considération nous semble décisive contre une doctrine de Pothier. Cet auteur enseigne que lorsque le prix de l'immeuble n'a été stipulé payable qu'après plusieurs années, sans intérêts, l'époux vendeur ne peut, si la communauté a duré jusqu'au terme fixé pour le payement, prétendre à la reprise du prix de son héritage que sous la déduction de celui des années

(1) V. sur ces divers points, Pothier, *De la communauté*, n^os 587 et suiv.

de jouissance dont la communauté a été privée sans compensation. En sens inverse, Pothier ajoute que si la vente a été faite moyennant une somme payée comptant lors du contrat, et à la charge néanmoins que l'acheteur n'entrerait en jouissance qu'après plusieurs années au delà desquelles la communauté a duré, l'époux doit avoir la reprise non-seulement de la somme stipulée, mais encore de ce dont la réserve de ces années de jouissance a diminué la valeur de l'immeuble (1). Sous l'un et sous l'autre rapport, la solution nous paraît mal fondée. Puisque dans aucun cas les époux ne peuvent être raisonnablement constitués garants envers la communauté de la jouissance qu'ils lui procurent relativement à leurs propres, il est évident que dans la première hypothèse prévue par Pothier, le conjoint peut prétendre à la reprise de la totalité du prix, sans aucune déduction par rapport à la privation de jouissance occasionnée à la communauté par les conditions de la vente, et réciproquement, que dans la deuxième hypothèse la communauté ne doit rendre que ce qu'elle a touché du prix principal.

216. On pressent d'après cela comment doit, à notre avis, être résolue la grave question de savoir s'il y a toujours lieu à récompense et de quelle manière cette récompense doit être calculée, dans le cas où l'un des époux aliène un droit perpétuel qui lui est propre pour un droit temporaire, ou réciproquement dans le cas où il aliène un droit temporaire contre un droit perpétuel. Les règles ci-dessus exposées nous conduisent à dire que dans le premier cas il n'est dû aucune récompense par la communauté, et que dans le second la communauté doit seulement le capital qu'elle a reçu comme prix de l'aliénation.

Précisons notre pensée par un exemple emprunté à Pothier, de qui, encore en ce point, nous combattons la doctrine. Supposons, dit-il, qu'un héritage dont le revenu était, toutes charges et risques déduits, de 600 livres par an, ait été aliéné pour une rente annuelle et viagère de 1,000 livres, et que la communauté ait duré dix ans depuis l'aliénation de cet héritage. Selon Pothier, l'époux dans ce cas aurait droit à une reprise qui consisterait dans la somme dont les arrérages de la rente viagère, courus depuis l'aliénation de l'héritage jusqu'à la dissolution de la communauté, excéderaient les revenus dudit héritage, les-

(1) V. *loc. cit.*, nos 390 et 391. Cette doctrine est admise par quelques auteurs sous l'empire du Code civil. V. MM. Dalloz, t. X, p. 216, n° 33; Duranton, t. XIV, n° 339.

quels seraient tombés dans la communauté si l'héritage n'eût pas été aliéné. Or, dans le cas supposé, la rente viagère ayant excédé pendant dix ans de 400 fr. par an le revenu de l'héritage, la communauté, toujours d'après Pothier, devrait à l'époux propriétaire de l'héritage aliéné moyennant la rente, une récompense qui s'élèverait à 4,000 fr. (1). Nous disons, au contraire, que dans ce cas la communauté ne doit aucune récompense parce qu'en définitive elle n'a perçu que des arrérages, c'est-à-dire une nature de biens qui, en vertu de la disposition expresse de la loi, tombent dans le fonds commun.

Prenons maintenant l'hypothèse inverse, et supposons, d'après Pothier, qu'un droit d'usufruit dont le revenu était, toutes charges et risques déduits, de 1,000 livres par an, ait été vendu pour le prix de 12,000 livres, et que la communauté ait duré dix ans dans un temps auquel l'intérêt de l'argent étant au denier vingt, le capital des 12,000 livres a produit 600 livres par an. Selon Pothier, l'époux a droit à une récompense dans ce cas; mais il ne doit l'exercer que sous la déduction de ce dont la communauté aurait profité des revenus de l'usufruit, pendant tout le temps couru depuis la vente qui en a été faite jusqu'à la dissolution de la communauté, au delà des intérêts de la somme reçue pour le prix. Or, dans le cas supposé, la communauté ayant reçu pendant dix années 400 fr. de moins par an que ce qu'elle aurait reçu si l'usufruit n'eût pas été aliéné, c'est, selon Pothier, une somme de 4,000 fr. à déduire de celle de 12,000 fr. qu'elle a reçue, et la récompense de l'époux se trouve ainsi réduite à 8,000 fr., soit que la dissolution de la communauté ait eu lieu par le prédécès de l'époux propriétaire de l'usufruit, soit qu'elle ait eu lieu par la mort de l'autre époux (2). Nous disons, au contraire, que la récompense due à l'époux est précisément du capital de 12,000 fr. que la communauté a reçu.

Sous l'un et sous l'autre rapport, l'opinion que nous adoptons ici est enseignée par de savants professeurs (3). C'est à ces juriscon-

(1) V. *De la communauté*, n° 594.

(2) V. *ibid.*, n° 592.

(3) Elle est enseignée à l'école de Paris, par M. Bugnet. V. ses notes sur Pothier, t. VII, p. 311, note 2. — M. Valette critique aussi l'opinion de Pothier : v. le commentaire de M. Boileux, t. III, p. 68. V. en outre MM. Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, n° 2673, et Mourlon, p. 46-47. — Toutefois l'opinion de Pothier est adoptée par la plupart des auteurs modernes. V. MM. Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*, § 2; Toullier, t. XII, n° 350; Dalloz aîné, t. X, p. 217, n° 34; Glandaz, n° 260; Taulier, t. V, p. 106; Zachariæ, t. III, p. 454.

sultes peut-être que M. Odier, en adoptant sur l'un et l'autre point les doctrines de Pothier, selon lui suffisantes pour résoudre le problème, a fait allusion lorsqu'il a dit : « on a dernièrement cherché à faire *du neuf* sur cette question (1). » Il n'a pu échapper cependant à l'honorable professeur de Genève que les résultats les plus singuliers sont liés à ces doctrines anciennes dont il se fait le champion. Qu'on y songe, en effet. Si l'on suppose, par exemple, qu'au lieu de subsister pendant dix ans après l'échange par l'un des époux d'un droit perpétuel contre un droit temporaire, ou à l'inverse, d'un droit temporaire contre un droit perpétuel, la société conjugale ait eu une existence de quarante années, qu'arriverait-il dans le système de Pothier? Il arriverait dans le premier cas, que non-seulement l'époux propriétaire reprendrait son droit temporaire tel qu'il se trouverait alors, mais encore que la communauté, bien qu'elle n'eût reçu qu'une jouissance, devrait lui tenir compte en outre de 16,000 fr. pour la différence existante entre les revenus du droit perpétuel aliéné et ceux du droit temporaire acquis en échange! Et dans le second cas, il arriverait que la jouissance de la communauté ayant été diminuée de 400 fr. par an pendant quarante années par l'effet de l'échange, non-seulement l'époux propriétaire n'aurait pas à exercer la reprise des 12,000 fr., prix de l'aliénation versé dans la communauté, mais encore il devrait 4,000 fr. au fonds commun ! Quelque partisan que l'on soit des doctrines anciennes, c'est en pousser le culte bien loin que d'absoudre même celles qui conduisent à de pareils résultats.

Pour nous, nous le croyons fermement, l'opinion de Pothier ne saurait être admise ; cette opinion est fondée sur une erreur, et cette erreur vient de ce que Pothier suppose que la communauté a un droit principal et *à priori* sur les biens des époux, tandis qu'elle a seulement un droit subsidiaire essentiellement subordonné à celui de l'époux lui-même, susceptible de s'accroître ou de diminuer suivant les opérations que le propriétaire est toujours libre de faire. Par suite, lorsqu'un droit viager ou temporaire a été acquis en échange d'un droit perpétuel, la communauté profite, sans être tenue à aucune restitution des revenus de ce droit temporaire si considérables qu'ils soient, et l'époux reprend son droit à la dissolution, en quelque état qu'il se trouve alors ; réciproquement, lorsqu'un droit perpétuel a été acquis en échange d'un droit temporaire, la communauté

(1) V. t. I, n° 308.

doit restituer tout ce qu'elle a reçu sans qu'elle en puisse rien déduire, si faibles qu'aient été les revenus par elle perçus : et tout cela, encore une fois, parce que l'usufruit qui appartient à la communauté n'est pas un droit déterminé à tel ou tel immeuble et dont il soit dû garantie, mais bien un droit qui frappe indéterminément le patrimoine des époux et ne le frappe qu'autant que les époux continuent de le conserver.

717. L'art. 1403 du Code civil dont la disposition a été ci-dessus expliquée (1), pose le principe des récompenses pour les coupes de bois qui, en suivant les règles de l'usufruit, peuvent être faites pendant la durée de la communauté et ne l'ont pas été. C'est à la communauté, dans ce cas, que la récompense est due, et non pas à l'époux non-propriétaire du fonds ou à ses héritiers, comme le dit à tort l'article précité.

Mais de même que l'inobservation des règles de l'usufruit dans la coupe des bois peut être une cause de préjudice pour la communauté, de même aussi elle peut lui être avantageuse : par exemple, s'il y a eu interversion dans les coupes et surtout s'il a été procédé à des coupes indûment faites. Dans ce cas, la communauté s'est enrichie aux dépens de l'époux propriétaire du fonds : les principes généraux conduisent donc à décider que cet époux a droit à une récompense. En quoi cette récompense doit-elle consister ?

S'il y a eu seulement interversion dans l'ordre des coupes, on fait compensation jusqu'à due concurrence de la valeur de celles qui auraient dû être faites avec la valeur de celles qui ne devaient pas l'être. S'il y a eu anticipation dans les coupes, on retranche du produit ce que vaut pour l'époux le nouveau bois suivant son âge. Ainsi, une coupe qui, en suivant les règles de l'usufruit, aurait dû être faite en 1846 l'a été en 1840 ; il arrive que la communauté a été dissoute en 1843 : l'indemnité due à l'époux propriétaire doit subir la réduction de la valeur des trois années qu'avait le bois au jour de la dissolution de la communauté, car l'époux propriétaire profite de cette valeur. Enfin, s'il a été fait des coupes qui ne devaient pas être faites, il faut distinguer : ou ces coupes ont eu lieu sur le fonds du mari, ou elles ont eu lieu sur le fonds de la femme. Dans cette dernière hypothèse, on doit appliquer l'art. 1426 ; l'indemnité est due sur le pied de la vente si la femme a donné son consentement à la coupe, mais, si elle n'a pas consenti, l'indemnité consiste dans

(1) V. *suprà*, nos 395 et 396.

la valeur réelle que les coupes auraient eue lors de la dissolution de la communauté, sauf déduction de la valeur qu'aurait alors le nouveau bois. Dans la deuxième hypothèse, l'indemnité due au mari ne doit jamais dépasser le prix de la vente : le mari ne doit imputer qu'à lui sa mauvaise gestion (1).

718. Le droit à la récompense, et la mesure dans laquelle ce droit peut être exercé étant connus, il reste à indiquer les biens affectés par la loi à l'exercice de ce droit. A cet égard, la loi dispose que la récompense du prix de l'immeuble appartenant au mari ne s'exerce que sur la masse de la communauté, tandis que celle du prix de l'immeuble appartenant à la femme s'exerce sur les biens personnels du mari en cas d'insuffisance des biens de la communauté.

Ici encore la loi prend en considération la situation respective des époux. C'est parce que le mari est seul administrateur du fonds commun, que la loi limite son action en ne permettant pas qu'elle s'étende jamais au delà des biens communs : encore le mari ne vient-il, même sur ces biens, qu'après la femme pour l'exercice de son droit à une récompense. Il dépend du mari de faire la situation bonne ou mauvaise ; c'est donc à lui-même *qu'il doit s'en prendre si*, déduction faite des récompenses dues à la femme, l'actif ne présente pas des valeurs suffisantes pour l'indemniser lui personnellement des avantages que ses biens propres ont procurés à la communauté.

Quant à la femme, ce n'était pas assez d'affecter les biens de la communauté à l'exercice de son droit à une récompense. Absolument étrangère à l'administration, elle ne pouvait sans injustice être condamnée à supporter sur sa fortune personnelle les suites de cette administration si elle a été mauvaise. Le législateur a donc permis à la femme de poursuivre la récompense à laquelle elle a droit d'abord sur les biens de la communauté et subsidiairement, en cas d'insuffisance, sur les biens personnels du mari.

719. Les récompenses du mari et celles de la femme sont exercées par voie de prélèvement. Mais dans quel ordre et sui-

(1) Ces solutions diverses peuvent être modifiées par les circonstances. Nous citerons à titre d'exemple une décision de laquelle il résulte qu'il n'est pas dû récompense au conjoint propriétaire d'une forêt pour des bois taillis coupés pendant la communauté, lorsqu'il est constant en fait, que, dans l'aménagement, le mari réservait certain nombre de baliveaux, outre ceux exigés par l'ordonnance, et comprenait cette réserve dans la coupe suivante. *Req. rej.*, 31 mars 1824 (aff. de Gouy-d'Arsy).

vant quel mode sont-elles exercées ? C'est un point qui est réglé par les art. 1470 et suiv. du Code civil. Nous nous en occuperons à la quatrième section de ce chapitre en déterminant les droits des époux après la dissolution de la communauté.

ART. 2. — *Des récompenses dues à la communauté par les époux.*

Sommaire.

720. De même que la communauté ne peut s'enrichir au préjudice des époux, de même les époux ne peuvent s'enrichir aux dépens de la communauté. — Texte de l'art. 1437.
721. Énumération des cas dans lesquels les époux doivent récompense à la communauté. — Renvoi.
722. En thèse générale la récompense est de ce que la communauté a réellement déboursé.
723. Application de la règle au rachat avec les deniers de la communauté d'une rente dont l'un des époux était débiteur.
724. Suite.
725. Application de la règle aux acquisitions d'immeubles, au rachat de servitudes :
726. Aux réparations nécessaires ;
727. Aux réparations utiles ;
728. Aux réparations voluptuaires.
729. Quand peuvent être poursuivies les récompenses : à dater de quel moment elles portent intérêt.

720. De même que la communauté ne peut s'enrichir aux dépens des propres personnels des époux, de même aussi les époux ne peuvent s'enrichir aux dépens des biens de la communauté. Toutes les fois donc que l'un ou l'autre des époux s'est avantagé personnellement en tirant de la communauté pendant sa durée quelques valeurs pour ses affaires particulières, il en doit récompense. Le principe est expressément consacré par l'art. 1437, aux termes duquel : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. »

721. Cet article se réfère par des formules générales aux divers cas particuliers dans lesquels il y a lieu à récompense en

faveur de la communauté. Ainsi, sous l'expression de payement par la communauté d'une dette ou d'une charge personnelle à l'un des époux, il comprend les hypothèses prévues par les articles 1405, 1406, 1412, 1414, 1416, 1424, 1425, 1438, 1439, etc.: sous l'expression de sommes remboursées par la communauté pour le recouvrement d'un propre, il comprend les cas prévus par les art. 1402, 1407, 1408, 1409, n° 3, et tous les cas dans lesquels l'un des époux reste, moyennant une somme tirée du fonds commun, en possession d'un immeuble par l'effet d'une action en réméré, en rescision ou en révocation; enfin, sous l'expression de sommes payées par la communauté pour la conservation ou l'amélioration d'un propre, il comprend les cas dans lesquels la communauté a fait sur les propres de l'un des époux des réparations auxquelles elle n'était pas tenue en sa qualité d'usufruitière.

Nous avons parcouru ces cas particuliers en traitant de l'actif et du passif de la communauté. En tout ce qui concerne le point de savoir si l'opération faite par l'un des époux est dans son intérêt personnel ou dans celui de la communauté, et partant s'il y a lieu ou non à récompense pour les valeurs employées à cette opération, nous pouvons nous référer aux observations présentées *passim*, dans la section première de ce chapitre. Nous avons à déterminer ici seulement la quotité de l'indemnité, lorsqu'elle est due, et les circonstances dans lesquelles le payement en peut être poursuivi.

222. La quotité des récompenses dues à la communauté est déterminée par la dépense même que la communauté a faite, sans aucun égard à l'emploi ni à l'avantage plus ou moins grand que cet emploi a procuré à l'époux qui en a profité. Le principe comporte exception, on le verra bientôt : mais l'application n'en peut pas être contestée dans le cas où les fonds pris dans la caisse commune ont été employés à une opération faite dans l'intérêt personnel de l'un des époux, par exemple à l'acquisition ou à l'amélioration d'un propre de cet époux. La loi elle-même applique ce principe dans le cas où, prévoyant l'acquisition faite pendant le mariage de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, elle déclare que cette acquisition ne forme pas un conquêt, sauf, ajoute-t-elle, à indemniser la communauté *de la somme qu'elle a fournie* pour l'acquisition (art. 1408). La règle générale est donc que la communauté est créancière de ce qu'elle a dépensé et non pas de ce qu'elle a procuré de bénéfice à l'époux pour

lequel la dépense a été faite. Remarquons d'ailleurs, qu'aucune disposition de la loi ne dispense l'époux d'indemniser la communauté lorsque l'opération à laquelle les fonds communs ont servi a été absolument désavantageuse ; en sorte que les principes de la réciprocité conduiraient à la règle indiquée quand même l'application faite par le législateur ne suffirait pas pour la justifier.

723. D'après cela, si l'un des époux a racheté avec les fonds de la communauté une rente qui était à sa charge personnelle, à quel taux doit-on fixer la récompense due à la communauté? D'après Pothier, le conjoint, dans cette espèce, n'ayant été libéré aux dépens de la communauté que d'une rente, n'est débiteur envers la communauté que de la continuation d'une pareille rente. Par suite, à la dissolution de la communauté, il fallait distinguer, d'après Pothier, entre le cas où la rente était due par le mari et celui où elle était due par la femme. Dans le premier cas, si la femme acceptait la communauté, le mari ne devait continuer le service de la rente que pour moitié; si la femme renonçait, il s'opérait entre les mains du mari une extinction totale de la dette. Dans le deuxième cas, si la femme acceptait la communauté, le mari ne pouvait prétendre qu'à la moitié de la dette; si elle renonçait, le mari pouvait exiger le payement de la rente entière, puisque tous les biens de la communauté lui appartenaient (1).

Aux distinctions qui, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, trouvaient leur appui dans les dispositions des art. 244 et 245 de la coutume de Paris, M. Toullier en a substitué d'autres qui se combinent mieux avec la règle ci-dessus rappelée et qui par ce motif nous semblent préférables. D'après cet auteur, l'acquisition faite avec les deniers de la communauté a pour effet d'opérer le rachat et l'extinction de la rente. Par suite, en supposant que le mari en fût débiteur, il devrait à la communauté tout ce qu'elle aurait dépensé pour le rachat de la rente. Il en serait de même par rapport à la femme si la rente avait été rachetée dans l'intérêt de celle-ci, et si celle-ci avait consenti au rachat. Mais si le rachat avait été fait sans son consentement, si le mari avait agi seul en sa qualité d'administrateur des biens personnels de la femme, la rente ne serait pas éteinte vis-à-vis de cette dernière. La femme pourrait opter entre deux partis: ratifier le rachat, et dans ce cas payer à la commu-

(1) V. *De la communauté*, n° 615.

nauté, à titre de récompense, tout ce qui aurait été tiré de la caisse; ou bien refuser le rachat, et dans ce cas continuer le service de la rente à la communauté subrogée au créancier primitif, et après la dissolution de la communauté, au mari pour la moitié si elle accepte, et pour le tout si elle renonce (1).

724. Lorsque la rente rachetée des deniers de la communauté était une rente viagère, à supposer que le créancier ait voulu consentir au rachat, les solutions doivent être les mêmes que dans le cas précédent, soit que le rentier ait succombé avant la dissolution de la communauté, soit que la communauté ait continué encore après le décès du rentier. Pothier (2) enseigne cependant que dans le premier cas il n'est dû aucune récompense à la communauté par le conjoint débiteur : « car, dit-il, la communauté étant tenue d'acquitter les arrérages des rentes, tant viagères que perpétuelles, dus par chacun des conjoints, courus pendant tout le temps qu'elle dure; et dans cette espèce, la personne sur la tête de qui la rente viagère a été constituée étant morte durant la communauté, c'est la communauté seule qui a profité du rachat qui a été fait de cette rente, puisqu'elle aurait été chargée de tous les arrérages qui auraient couru de cette rente jusqu'à son extinction si elle n'eût pas été rachetée. » Ces considérations ne sont rien moins que décisives. De quelque manière que l'opération soit envisagée, il est certain qu'au moment où elle a été faite le prix en a été déboursé par la communauté, et puisqu'en définitive l'époux débiteur de la rente en a été libéré aux dépens de la communauté, il est juste de décider, comme dans le cas précédent, que cet époux est débiteur précisément de la somme qui a été fournie, sauf les distinctions faites entre le cas où l'opération a eu lieu de son consentement et celui où il n'y a pas consenti (3).

725. S'il s'agit d'immeubles propres, affranchis de servitudes (4), recouvrés ou conservés pendant la communauté et

(1) V. M. Toullier, t. XIII, n° 153. C'est aussi l'avis de MM. Bugnet sur Pothier, t. VII. p. 321, note 1, et Odier, t. I, n° 337.

(2) V. n° 626. V. *Conf.* MM. Toullier, t. XIII, n° 154; Dalloz, t. X, p. 222, n° 49; Glandaz, n° 276; Duranton, t. XIV, n° 367.

(3) *Conf.* MM. Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 326, note 1; Taulier, t. V, p. 112.

(4) *Quid* lorsqu'il s'agit d'une servitude personnelle, par exemple d'un droit d'usufruit dont se trouvait grevé l'immeuble propre de l'un des conjoints? L'acquisition constitue un conquêt dans ce cas : c'est ce que nous avons établi *suprà*, n° 412.

avec ses deniers, la récompense est encore de la somme totale qui a été fournie par la communauté.

726. On sait dans quelle mesure la communauté est tenue des réparations sur les propres des époux. Nous avons dit, en traitant du passif de la communauté, que les réparations d'entretien sont charge des fruits. La communauté en est donc tenue, puisque c'est à elle qu'appartiennent les fruits produits par les propres des époux. Ainsi, les réparations de cette nature ne peuvent jamais être la source d'une récompense en faveur de la communauté : et lorsque l'art. 1437 place au nombre des choses dont les époux doivent récompense les frais faits pour la conservation ou l'amélioration d'un propre, ce qui s'applique particulièrement aux réparations, il entend évidemment parler de ces réparations en tant qu'elles ne sont pas à la charge de la communauté. Mais quelle est la quotité de la récompense due par l'époux propriétaire lorsque ces réparations ont été faites des deniers de la communauté ?

Quelques auteurs, suivant la classification des réparations en nécessaires utiles et voluptuaires, ont enseigné que les réparations nécessaires emportent toujours, lors même qu'elles n'auraient été l'occasion d'aucun profit réel pour l'époux propriétaire, une récompense dont le montant est précisément la dépense faite par la communauté. Quant aux dépenses utiles, ils pensent qu'elles n'emportent récompense qu'autant qu'elles ont augmenté la valeur de l'immeuble propre et jusqu'à concurrence de la plus-value, sans que jamais cette récompense puisse excéder la somme déboursée par la communauté. Enfin, d'après ces auteurs, les dépenses purement voluptuaires ne donnent jamais lieu à aucune récompense.

Nous admettons cette solution par rapport aux dépenses nécessaires. Comme le dit très-bien Pothier, le conjoint propriétaire de l'héritage sur lequel la dépense a été faite doit toujours récompense à la communauté de la somme qu'elle a coûtée, quand même la chose pour laquelle la dépense a été faite ne subsisterait plus. La raison est que la dépense étant supposée nécessaire et indispensable, si elle n'eût été faite des deniers de la communauté, le conjoint propriétaire de l'héritage eût été obligé de la faire de ses propres deniers ou de ceux qu'il aurait empruntés à un tiers. Il profite donc toujours de la somme qu'il a tirée de la communauté en ce qu'elle lui a épargné de tirer une pareille somme de son propre fonds : en sorte que les dépenses de la communauté étant justifiées, ce qui peut se faire

par les quittances des ouvriers ou par les livres sur lesquels ces déboursés seraient inscrits, et à défaut par une estimation d'experts, la récompense est due précisément de ces déboursés.

727. Mais, quant aux dépenses utiles, nous ne croyons pas qu'il faille, du moins d'une manière absolue, comme l'enseigne Pothier, faire fléchir la règle d'après laquelle la communauté a droit à la récompense de tout ce qu'elle a déboursé, pour substituer à la place un principe qui règlerait la récompense d'après ce que les dépenses auraient procuré en plus-value au propre de l'époux, et jusqu'à concurrence de cette plus-value, pourvu que le montant de la dépense ne soit pas dépassé. Ici, nous dirons avec M. Bugnet (1) : « Lorsque le mari se décide à faire des constructions, des améliorations sur ses propres immeubles, il est impossible de dire qu'il agit comme chef de la communauté : c'est dans son intérêt propre qu'il agit, il entend en retirer seul toute l'utilité, il devient, au fur et à mesure des déboursés, débiteur des sommes qu'il prend dans la communauté, ni plus ni moins que s'il les empruntait chez un autre. S'il rachetait une servitude due par son propre héritage, serait-il admis à venir dire qu'il l'a payée trop cher, et à faire estimer la valeur de cette servitude ?..... Ne lui répondrait-on pas qu'il a très-volontairement exercé ce rachat, qu'il a fait son affaire propre, que la communauté n'y est pour rien autre chose que d'avoir fourni les deniers? Il en est exactement de même lorsqu'il fait des améliorations à ses immeubles : nous pensons donc que le mari doit la récompense de tout ce qu'il a pris dans la communauté. — Nous donnerions la même décision, et pour les mêmes motifs, lorsqu'il s'agit d'améliorations faites aux propres de la femme si elle contracte elle-même ou si elle y a consenti. Et la décision de Pothier ne nous paraît admissible que dans le cas d'améliorations faites par le mari aux immeubles de la femme sans sa participation. »

728. Enfin, quant aux dépenses purement voluptuaires, nous reconnaissons en principe qu'elles ne donnent lieu à aucune récompense, car elles sont, par elles-mêmes, exclusives de toute idée de spéculation. Il suffit, en général, de reconnaître que l'époux sur le fonds duquel ces dépenses ont été faites ne peut refuser la permission d'enlever les choses qu'elles ont procurées à l'immeuble, en tant que ces choses seraient susceptibles d'être retirées sans détérioration ; la vente pourrait alors en être faite au profit de la communauté.

(1) V. notes sur Pothier, t. VII, p. 330, note 1.

Toutefois, ces mêmes dépenses pourraient devenir la cause d'une récompense due à la communauté, si elles avaient réellement procuré une plus-value au fonds sur lequel elles auraient été faites. La raison de décider serait ici que dans aucun cas l'un des époux ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté ; et cette raison même indique que dans ce cas la récompense serait de ce dont s'est accrue la valeur de l'héritage sur lequel la dépense a été faite, sans que néanmoins cette récompense pût aller au delà de ce qu'il en a coûté à la communauté. Nous appliquerions à ce cas seulement, par exception, la solution admise par Pothier relativement aux dépenses utiles. La cour de Paris s'est prononcée en ce sens (1).

729. Comme les récompenses dues par la communauté aux époux, les récompenses dues par les époux à la communauté ne peuvent être poursuivies qu'après la dissolution de la société conjugale.

De même aussi les secondes comme les premières portent intérêt de plein droit à partir du jour de cette dissolution. Sous ce dernier rapport, l'art. 1473 a soumis à une règle commune l'une et l'autre espèce de récompense, et cette règle se comprend à merveille. D'une part, les biens à prélever par les époux à titre de récompense sont exclus de la masse à partir du jour de la dissolution, et au contraire ceux qui sont dus par les époux à titre de récompense font partie de cette masse : il est donc juste que les intérêts augmentent ou diminuent cette masse suivant qu'elle comprend ou non les valeurs productives d'intérêts. D'une autre part, il était indispensable d'appliquer ici l'exception réservée par l'art. 1153 du Code civil, d'après lequel les intérêts ne sont dus en principe que du jour de la demande, parce que la communauté étant dissoute, toute mise en demeure est désormais impossible : la communauté n'a plus de chef ; aucune action ne peut donc être formée ni en son nom ni contre elle.

ART. 3. — *Des récompenses dues par l'un des époux à l'autre.*

Sommaire.

730. L'un des époux peut être créancier ou débiteur de l'autre, soit pour des causes antérieures au mariage, soit pour des causes nées seulement depuis le mariage. Exemples.

(1) Paris, 21 juin 1814 (Millet c. Haran).

731. Dans l'un et l'autre cas, la créance est soumise quant au recouvrement à des règles communes. Art. 1478.

732. Le payement ne peut être poursuivi qu'après la dissolution de la communauté.

733. La reprise peut être exercée sur les biens personnels de l'époux débiteur et sur sa part dans la communauté.

734. Les intérêts courent seulement du jour de la demande en justice. — Art. 1479.

730. Quoique le régime de la communauté légale constitue entre les époux une association de biens des plus étendues et implique ainsi la confusion à peu près complète de leurs intérêts respectifs dans un intérêt commun, il est des cas cependant où ces intérêts se séparent et où l'un des conjoints est débiteur ou créancier, non pas de la communauté, mais de l'autre conjoint. L'un des époux peut être créancier de l'autre soit pour des causes antérieures au mariage, soit pour des causes nées seulement pendant la durée de la société conjugale. Citons quelques exemples pris successivement dans les deux catégories.

Lorsque l'un des époux était, dès avant le mariage, créancier de l'autre d'une certaine somme d'argent, si cette créance se trouve exclue de la communauté soit par une clause de réalisation, soit par une clause de séparation de dettes, cet époux continue, après la dissolution de la communauté, à être créancier de son conjoint ou de ses héritiers. Il en est de même lorsque l'un des époux a succédé durant la communauté au créancier de son conjoint, si la dette se trouve, par l'effet d'une clause du contrat de mariage, exclue du passif de la communauté (1). Il en est ainsi encore par rapport à la servitude que l'immeuble de l'un des époux devait à un immeuble de l'autre dès avant le mariage (2).

Parmi les cas dans lesquels l'un des époux devient débiteur de l'autre pendant le mariage se place d'abord celui que cite Pothier (3) : « Par exemple, dit-il, si les deniers que l'un des conjoints s'est réservés propres, ou qui sont provenus de l'aliénation de ses propres, ont été employés, durant la communauté, à acquitter une dette propre de l'autre conjoint, le conjoint à qui appartenaient ces deniers est créancier, non de la communauté, mais de l'autre conjoint, de la somme qui a servi à acquitter la

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 677.
(2) Bourjon, t. I, p. 642, n° 10.
(3) V. *loc. cit.*, n° 676.

dette propre de l'autre conjoint..... » C'est ce même cas que l'art. 1478 indique à titre d'exemple (1). On peut citer d'autres exemples encore : celui où l'un des époux a, par son délit ou son quasi-délit, détruit ou détérioré le bien propre de l'autre; celui où les époux, ayant doté conjointement un enfant commun, la dot est fournie sur les biens personnels de l'un d'eux; celui où il échoit à l'un des époux une succession immobilière envers laquelle l'autre époux est tenue d'une dette immobilière; celui où l'un des époux ayant garanti conjointement ou solidairement avec l'autre la vente d'un bien propre à ce dernier, vient à être recherché à raison de cette garantie : dans tous ces cas et dans d'autres que l'on pourrait encore citer, l'un des époux est créancier de l'autre pour une cause née pendant la durée de la société conjugale.

731. Antérieures au mariage, ou formées depuis, les créances d'un époux vis-à-vis de l'autre sont soumises, quant à l'époque de la poursuite et aux biens affectés au recouvrement, à une règle commune que l'art. 1478 a exprimée. Aux termes de cet article : « 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. »

732. Ainsi l'époux créancier ne peut poursuivre le recouvrement de sa créance sur l'époux débiteur qu'après la dissolution de la communauté. C'était aussi l'avis de Pothier, qui, sans examiner spécialement la question et sans la supposer susceptible de controverse, se bornait à énoncer que les créances respectives des époux ne doivent se liquider qu'à la dissolution de la communauté. L'art. 1478 est évidemment conçu dans la même pensée : cela résulte de ce que cet article admet l'époux

(1) Mais il faut que les deniers aient été employés directement à acquitter la dette du conjoint. Si ces deniers avaient été confondus dans la masse commune, c'est la communauté alors qui aurait payé la dette; c'est elle qui serait créancière de l'époux libéré en même temps qu'elle serait débitrice vis-à vis de l'époux auquel appartenait le propre dont elle aurait absorbé le prix. C'est ce qui résulte de nos précédentes observations. V. aussi MM. Duranton, n° 334, et Zachariæ, t. III, p. 459, note 2. La précision du reste a son importance : car les intérêts dont l'époux débiteur doit tenir compte ont un point de départ différent, on va le voir, suivant qu'il est débiteur de son conjoint ou de la communauté.

créancier personnel de l'autre à exercer sa créance *après le partage consommé, et sur la part de celui-ci dans la communauté.* Cependant on a cru pouvoir quelquefois soulever sur ce point le doute et la controverse; mais la jurisprudence a toujours consacré en principe que des époux communs en biens, créanciers personnels l'un de l'autre, ne peuvent exercer les actions dérivant de leurs titres respectifs, tant que dure la communauté (1).

733. La communauté étant dissoute, l'époux créancier peut désormais agir. Mais sur quels biens exercera-t-il sa reprise? Evidemment, ce ne pourrait être, comme dans le cas où l'époux est créancier de la communauté, par voie de prélèvement sur la masse commune; car cette masse devant être partagée entre les deux époux, il résulterait de ce mode de procéder que l'époux créancier ne recevrait en réalité que la moitié de sa créance. La loi dispose en conséquence que la récompense due par un époux à l'autre s'exerce sur les biens personnels de l'époux débiteur et sur la part échue à ce dernier dans la communauté. De là il suit que lorsque c'est la femme qui est créancière, elle a pour gage de sa créance, si elle renonce à la succession, tous les biens de la communauté et tous les biens personnels de son mari. Sous ce rapport, il y a une différence essentielle entre la récompense due par le mari à la communauté et la récompense due personnellement à la femme, puisque la première ne peut profiter à la femme que tout autant qu'elle accepte la communauté.

734. Les créances d'un époux contre l'autre sont, comme toutes créances en général, susceptibles de produire des intérêts. Mais à dater de quelle époque? Sous ce rapport, il n'y avait aucun motif d'appliquer la règle établie relativement aux récompenses dues par les époux à la communauté ou par la communauté aux époux. La société conjugale n'existe plus; chaque époux est maître de son droit; il s'agit donc de créances de particulier à particulier, et dès lors on pouvait rentrer dans la règle générale d'après laquelle les intérêts ne courent que du jour de la demande. L'art. 1479 dispose en conséquence : « Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, ne portent intérêt que du jour de la demande en justice. » Donc, pendant la durée de la société conjugale la créance de l'un des associés contre l'autre sommeille et demeure improduc-

(1) V. Paris, 10 frimaire an XIII (aff. Hulot), et 1er août 1820 (aff. Marsanche).

tive d'intérêts, puisque c'est seulement après la dissolution que le recouvrement en peut être demandé.

Néanmoins, s'il s'agissait d'une créance antérieure au mariage, par exemple d'une créance exclue de la communauté, et qui portait intérêt dès avant le mariage, nous croyons, avec M. Zachariæ (1), que les intérêts recommenceraient à courir du jour de la dissolution de la communauté sans qu'il fût nécessaire d'une demande en justice.

§ 4. — Administration de la communauté en cas d'absence de l'un des époux.

Sommaire.

735. Les règles relatives à l'administration de la communauté sont susceptibles de recevoir quelques modifications dans le cas d'absence de l'un des époux.

736. Faculté laissée à l'époux présent d'opter pour la continuation ou pour la dissolution provisoire de la communauté.—*Art. 124 du Code civil.* — On ne s'occupe dans ce paragraphe que du cas de continuation de la communauté.

737. L'art. 124 statue en vue seulement des biens possédés par l'époux absent au moment de sa disparition.

738. Mais, même par rapport à ces biens, l'article n'est pas encore applicable tant que l'on est dans la première période de l'absence.

739. Il ne l'est plus dès que l'on est parvenu à la troisième période.

740. L'art. 124 ne reçoit donc application que dans la seconde période de l'absence, c'est-à-dire lorsque l'époux absent se trouve en état d'absence déclarée;

741. Encore même n'est-ce pas dans tous les cas :

742. Il faut que les conventions matrimoniales établissent une communauté de biens entre les époux; toutefois il suffirait d'une communauté partielle ou modifiée.

743. Transition à l'influence de l'absence de l'un des époux sur l'administration de la communauté.

744. L'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté doit fournir caution pour sûreté de son administration. La règle est commune au mari et à la femme.—Mais sous d'autres rapports, il y a des règles différentes.

745. Du cas où c'est la femme qui est en état d'absence déclarée. — Le mari continue alors l'administration en vertu des règles ordinaires. Il peut donc vendre les immeubles de la communauté.

746. Quant aux biens personnels de la femme et à ceux dont la femme s'était réservé l'administration, le mari les administre également, mais avec des pouvoirs semblables à ceux des envoyés en possession provisoire.

(1) V. t. III, p. 460, note 8.

747. Dans tous les cas il doit procéder à l'inventaire des biens meubles et des titres de la femme et de ceux de la communauté. — Controverse.

748. Du cas où c'est le mari qui est en état d'absence déclarée. — Différences et rapports qui existent entre les pouvoirs de la femme dans ce cas et les pouvoirs du mari dans l'hypothèse inverse.

749. La femme ne peut opter pour la continuation de la communauté, ni partant prendre l'administration sans y être autorisée par la justice.

750. L'option de la femme ne lui enlève pas le droit qu'elle a de renoncer à la communauté lors de la dissolution définitive.

735. Les règles relatives à l'administration de la communauté sont susceptibles de recevoir quelques modifications dans le cas où l'un des époux est en état d'absence. Ce cas est prévu par l'art. 124 du Code civil. Mais il faut, pour rendre plus facile l'intelligence de cet article, exposer en peu de mots la théorie générale de la loi en matière d'absence.

Quand une personne s'éloigne de sa résidence habituelle, il est naturel de penser que son absence ne sera que momentanée. Cet éloignement du domicile habituel peut se prolonger et même être accompagné d'un défaut absolu de nouvelles sans faire naître encore aucune incertitude sur l'existence du citoyen qui s'est absenté. La loi n'a donc pas à intervenir encore, car si elle protége la propriété des citoyens, elle ne dirige pas leurs affaires, et par rapport à elle, celui qui, en s'éloignant, ne veille pas lui-même à ses intérêts est dans le même cas que l'individu présent qui les néglige (1).

Mais si l'absence se prolonge, s'il s'est écoulé un certain nombre d'années sans que l'absent ait donné de ses nouvelles, de justes inquiétudes s'élèvent sur son sort. On considère, alors, que les rapports de famille, d'amitié, d'affaires, sont tellement dans le cœur et dans l'habitude des hommes, que leur interruption absolue doit avoir des causes extraordinaires, parmi lesquelles se place le tribut même payé à la nature (2).

Alors, il y va de l'intérêt de l'absent, s'il existe encore, et dans tous les cas de celui de ses créanciers, de ses héritiers présomptifs, de celui de la société elle-même, toujours intéressée à ce que la propriété des biens ne soit pas en suspens et leur administration en souffrance, que la loi intervienne, et que, par une surveillance sagement organisée, elle protége celui qui est empêché de se défendre lui-même. C'est dans cette pensée qu'ont

(1) Opinion de M. Tronchet dans la discussion du titre des absents. V. M. Locré, t. IV, p. 33.

(2) Exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu. V. M. Locré, *loc. cit.*

autrement à la Mort vénérable

été conçues les dispositions du Code civil qui forment le titre IVe du livre Ier.

Dans l'économie de la loi, l'absence se divise en trois périodes distinctes. La première date de la disparition ou des dernières nouvelles et s'étend jusqu'au jugement de déclaration d'absence, qui peut être rendu au bout de cinq ou de onze ans, suivant que l'absent a laissé ou n'a pas laissé de procuration. La seconde commence avec le jugement de déclaration d'absence, et dure, en général, trente ans ou jusqu'à ce que l'absent ait atteint l'âge de cent ans. La troisième, enfin, commence au moment où finit la précédente et se prolonge jusqu'à ce qu'on ait des nouvelles de l'absent ou que l'on acquière la preuve de son décès.

Ces trois périodes sont régies par un principe commun, l'incertitude de la vie, principe qui agit diversement en ce que cette incertitude va toujours croissant. Dans la première période, cette incertitude est encore si faible, que la loi suppose la vie de l'absent : aussi les mesures qui peuvent être ordonnées par les tribunaux dans l'intérêt de l'absent et pour l'administration de ses biens, ne doivent pas aller au delà des besoins actuels de cette administration. Cette pensée de la loi se révèle dans l'art. 112, où on lit : « Lorsqu'il y a *nécessité* de pourvoir à l'administration de *tout ou partie* des biens laissés par une personne présumée absente, etc... » Dans la seconde période, l'incertitude s'accroît jusqu'à tenir en balance la supposition de la vie et la supposition de la mort ; et la loi, sans déclarer ouverte la succession de l'absent, autorise cependant ses héritiers présomptifs à se faire envoyer *provisoirement* en possession de ses biens : le législateur leur confie ces biens comme à ceux qui ont le plus d'intérêt à leur conservation ; mais c'est une administration simplement qu'il leur donne (C. civ., art. 120). Enfin, c'est la supposition de la mort qui domine dans la troisième période, sans cependant y régner d'une manière absolue. Aussi l'envoi provisoire se change-t-il alors en envoi définitif ; la possession des héritiers présomptifs prend le caractère de la propriété. Mais la loi réserve encore à l'absent qui reparaît certains droits qui attestent que, dans cette période même, le législateur dispose en vertu d'une présomption plus ou moins rapprochée de la réalité (articles 127, 132).

Telle est, quant aux biens laissés par l'absent (1), la théorie

(1) Cette théorie de la loi doit en effet être limitée aux biens qui appartenaient à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Lorsque

générale de la loi. Ces règles rappelées, venons à l'art. 124, dont la disposition se rattache particulièrement à notre matière.

736. La disposition de cet article est une innovation due aux rédacteurs du Code civil. Suivant l'usage le plus général, disait M. Bigot de Préameneu dans son discours au corps législatif, la communauté, dans le cas d'absence de l'un des deux époux, était provisoirement dissoute du jour où les héritiers présomptifs avaient, après le temps d'absence requis, formé contre l'époux présent la demande d'envoi en possession des biens de l'absent. Elle était pareillement dissoute du jour que l'époux présent avait agi à cet égard contre les héritiers de l'absent. Si l'absence cessait, on considérait la communauté comme n'ayant jamais été dissoute, et les héritiers qui avaient été mis en possession étaient tenus de lui rendre compte de tous les biens qui la composaient. Cependant, la raison et l'équité veulent que l'époux présent, dont la position est déjà si malheureuse, n'éprouve dans sa fortune que le moindre préjudice, et surtout qu'il n'en souffre pas au profit des héritiers et par leur seule volonté. Les héritiers n'ont jamais prétendu que l'époux présent fût tenu de rester malgré lui en communauté de biens avec eux : de quel droit le forceraient-ils à la dissoudre si la continuation lui en était avantageuse, ou plutôt comment pourrait-on les admettre à contester un droit qui repose sur la foi du contrat de mariage? Si l'incertitude a suffi pour les mettre en possession provisoire des biens, ce n'est pas sur cette incertitude que des héritiers, n'ayant qu'un droit précaire et provisoire, peuvent, contre la volonté de l'une des parties, rompre un contrat synallagmatique. Il faut conclure de ces principes que l'époux présent doit avoir la faculté d'opter, soit pour la continuation, soit pour la dissolution de la communauté (1).

Telle est la règle consacrée par l'art. 124, dont la disposition est ainsi conçue : « L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera

l'absent est marié, cette théorie ne doit pas être appliquée complétement à l'état du conjoint présent. Elle ne s'applique pas non plus aux droits qui s'ouvrent en faveur de l'absent depuis sa disparition.

(1) V. M. Locré, *loc. cit.*

ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. — La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite. »

Les observations que nous avons à présenter dans le présent paragraphe doivent se borner naturellement au cas où l'époux présent opte pour la continuation de la communauté. A cet égard nous avons à rechercher dans quels cas la disposition de l'art. 124 est applicable, et les conséquences qui résultent de cet article par rapport à l'administration de la communauté.

737. L'art. 124 statue en vue des biens que l'époux absent possédait avant sa disparition ou ses dernières nouvelles. Cet article est placé dans la section qui a pour titre : Des effets de l'absence, *relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition ;* et cette place qu'il occupe est par elle-même suffisamment indicative de l'idée que s'il modifie les règles ordinaires de l'envoi en possession provisoire des biens, il ne les modifie que par rapport aux biens possédés déjà par l'absent au moment où il a disparu. Si donc une succession ou un droit quelconque venait à s'ouvrir en faveur de l'absent depuis sa disparition ou les dernières nouvelles reçues de lui, ce serait aux art. 135 et suiv. qu'il faudrait se référer, et nullement à l'art. 124. Ainsi, à supposer que l'existence de l'absent ne fût pas reconnue, le conjoint présent qui aurait opté pour la continuation de la communauté ne pourrait réclamer ce droit et en faire rentrer l'émolument sous son administration qu'en prouvant, ainsi que le prescrit l'art. 135, l'existence de l'absent au moment où le droit a été ouvert. A défaut de cette preuve, le droit serait recueilli par ceux qui auraient été appelés à l'exercer si le décès de l'absent avait été prouvé : pour eux, l'incertitude sur l'existence équivaut, sous ce rapport, au décès. Telle est la règle établie par l'art. 136, aux termes duquel « s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueilli à son défaut. » La jurisprudence est conforme (1).

738. Si l'art. 124 est exclusivement applicable aux biens possédés par l'époux absent au moment de sa disparition, ce n'est pas à dire que, même à l'égard de ces biens, cet article

(1) *Civ. rej.*, 30 août 1826 (aff. Lacoutière) ; Rennes, 2 avril 1827 (aff. Dubois).

doive être immédiatement appliqué. Il faut, pour que l'époux présent puisse invoquer le bénéfice de la loi, que l'absence de son conjoint soit déclarée, c'est-à-dire que l'on soit parvenu à la deuxième période de l'absence. La continuation de la communauté a pour effet et pour but, d'après l'expression même de la loi, d'empêcher *l'envoi provisoire*. Or, il n'y a envoi provisoire possible qu'après la déclaration d'absence. Donc tant que l'on est encore dans la première période de l'absence, dans celle que la loi qualifie de présomption d'absence, la circonstance que l'absent est marié et que son époux est présent, ne modifie pas, du moins quant aux biens, les règles générales : la situation est régie, comme dans tous les cas d'absence, par l'art. 112 du Code civil. Les conventions matrimoniales, quelles qu'elles soient, subsistent entières, et les mesures à prescrire par les juges dans l'intérêt de l'absent doivent être uniquement commandées par les nécessités. Il n'en devra naturellement être pris aucune si c'est la femme qui est en présomption d'absence et si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, puisque l'époux dans les mains de qui tous les pouvoirs sont concentrés pendant la durée de la société conjugale est présent et peut continuer l'administration ; si les époux sont séparés de biens, ces mesures se borneront à conférer au mari l'administration des biens de la femme. Si c'est le mari qui est en présomption d'absence, les mesures à prescrire pourront avoir plus d'importance par rapport aux biens personnels de la femme, dont l'administration appartient au mari, et par rapport aux biens propres de ce dernier. Mais, dans tous les cas, c'est à l'art. 112 qu'il faudra se référer : partant les juges, dans le choix des mesures à prescrire et dont l'application pourra d'ailleurs être demandée par l'époux présent, ne devront prendre pour règle que la nécessité.

739. L'art. 124, qui ne peut pas être appliqué tant que l'absence de l'un des époux n'est encore qu'à sa première période, ne peut plus l'être dès qu'elle a atteint la troisième. En effet, l'envoi définitif, qui est, comme on l'a vu, le point de départ de cette période, a pour résultat, d'après les art. 129 et 130, de mettre fin à l'administration légale, soit des envoyés en possession provisoire, soit de l'époux commun en biens qui aurait opté pour la continuation de la communauté. Puisque l'envoi définitif aurait pour effet de faire cesser l'administration légale de l'époux présent pour donner ouverture à tous les droits des héritiers présomptifs de l'absent, il est par cela même évident que l'envoi définitif, dès qu'il est prononcé, est un

obstacle à ce que cette administration commence, lorsque l'époux qui avait le droit de la prendre n'a pas jugé à propos de le faire jusque-là.

740. En définitive donc, l'art. 124 est susceptible de recevoir son application seulement dans la seconde période de l'absence, celle qui commence au jugement déclaratif de l'absence : et c'est bien là, en effet, ce qui résulte des termes de cet article, puisqu'il y est dit que s'il opte pour la continuation de la communauté, l'époux présent *pourra empêcher l'envoi provisoire*, c'est-à-dire la mesure qui suit immédiatement la déclaration de l'absence.

741. Même dans cette période, l'art. 124 ne s'applique pas d'une manière absolue. L'expression même de la loi annonce que le bénéfice qu'elle accorde ne peut être invoqué que par l'époux *commun en biens* : d'où il suit que lorsque le conjoint présent est marié sous le régime dotal, sous le régime exclusif de la communauté, ou enfin avec séparation de biens, les règles générales en matière d'absence demeurent applicables; en d'autres termes, le contrat de mariage lui-même est provisoirement dissous, et le droit de demander l'envoi provisoire des biens de l'absent subsiste tout entier en faveur des héritiers présomptifs. On chercherait en vain à expliquer la distinction établie virtuellement par l'article 124 du Code civil. M. Bigot de Préameneu l'a dit dans le passage ci-dessus rapporté, la préférence accordée à l'époux commun sur les héritiers présomptifs a pour cause la faveur du titre, contrat synallagmatique qui s'est formé avec le mariage et ne saurait être détruit contre la volonté de l'une des parties et à son préjudice. Or, le titre n'est pas moins favorable lorsqu'il contient exclusion de la communauté ou lorsqu'il stipule le régime dotal. Pourquoi donc est-il moins immuable dans ce cas que lorsqu'il établit la communauté entre époux? On ne saurait le dire ; il y a là une inégalité de position dont on ne saurait donner aucune raison, si ce n'est peut-être en disant qu'au moment où le titre de l'absence a été discuté, les rédacteurs du Code n'avaient en vue, par rapport au contrat de mariage, que le régime de la communauté, auquel ils se proposaient, dès cette époque, de ramener toutes les dispositions de la loi (1).

(1) On sait que le projet primitif sur le contrat de mariage ne disait pas un seul mot du régime dotal, tandis qu'il exposait fort longuement les règles de la communauté. V. notre introduction historique, nos 28 et suiv.

742. Quoi qu'il en soit, l'art. 124 est parfaitement clair dans sa disposition : c'est seulement à l'époux commun en biens qu'il accorde le droit de prendre ou de conserver l'administration des biens de son époux absent; dès lors, tant qu'une révision législative hautement réclamée par la raison et l'équité n'aura pas effacé dans la loi l'anomalie qu'elle présente, l'époux commun seul sera fondé à réclamer le bénéfice qu'elle consacre. Mais du moins faut-il donner à la loi toute l'extension dont elle est susceptible. Même en adoptant le régime dotal, les époux peuvent avoir stipulé une communauté d'acquêts (art. 1581) ; et en se soumettant au régime de la communauté, ils peuvent avoir modifié cette communauté de l'une des manières exprimées dans l'art. 1497. Or, dans ces diverses hypothèses, les époux sont communs en biens. Ce n'est pas la communauté légale dont il s'agit dans ce chapitre ; c'est une communauté partielle ou modifiée : mais l'art. 124 ne distingue pas, et cela suffit pour que même dans le cas de communauté conventionnelle ou de régime dotal modifié par une société d'acquêts, on doive admettre l'époux présent à profiter du bénéfice ouvert par l'art. 124, à empêcher, par conséquent, en optant pour la continuation de la communauté, l'envoi provisoire des héritiers présomptifs.

De plus, comme il serait contraire à l'esprit de la loi de scinder les mesures provisoires auxquelles l'absence donnerait lieu, l'administration de l'époux présent devra s'étendre non-seulement aux biens compris dans la communauté restreinte ou modifiée qui existe entre les époux, mais encore aux biens personnels de l'absent. En effet, il est dans le vœu du législateur que l'époux présent puisse, en optant pour la continuation de la communauté, empêcher l'exercice provisoire *de tous les droits* subordonnés au décès de l'époux absent (1).

Ainsi fixés sur les cas dans lesquels la disposition de l'art. 124 est applicable, nous passons aux conséquences de cet article par rapport à l'administration de la communauté.

743. Dans la disposition par laquelle il donne à l'époux présent le droit exclusif d'administrer la communauté en optant pour la continuation, l'art. 124 embrasse à la fois le cas d'absence du mari et le cas d'absence de la femme. De là les expres-

(1) C'est une doctrine généralement admise. M. Marcadé enseigne toutefois qu'il peut y avoir simultanéité entre l'envoi en possession des divers ayants-droit et l'administration légale de l'époux présent. V. 3e édit., t. I, sur l'article 124, n° 15.

sions *prendre* et *conserver* dont se sert le législateur (1). En effet, la femme, si c'est elle qui est présente, *prend*, par l'effet de son option pour la continuation de la communauté, une administration qu'elle n'avait pas; le mari, si c'est lui qui est présent, *conserve* cette administration qu'il avait déjà, et dont il serait dépouillé immédiatement si son option pour la continuation de la communauté ne la retenait dans ses mains. Mais de cela même que la femme *prend* et que le mari *conserve* l'administration de la communauté, résultent certaines différences dans les pouvoirs et les attributions de l'administrateur, suivant que c'est le mari ou la femme qui est présent. Ces différences vont être établies : avant tout, nous examinerons une question qui s'élève par rapport au mari aussi bien que par rapport à la femme, et qui se rattache particulièrement à l'entrée en exercice de l'administrateur.

744. La question est de savoir si l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté est ou non dispensé de fournir caution pour la sûreté de son administration? La question est fort controversée, et le doute vient de ce que le législateur n'a pas imposé l'obligation de fournir caution dans le cas où l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, tandis qu'il l'a imposée, au contraire, pour le cas où l'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté. Malgré ce rapprochement entre les deux hypothèses prévues dans la disposition de l'art. 124, plusieurs auteurs sont d'avis que l'obligation de fournir caution existe dans l'une et l'autre hypothèse, parce que, disent-ils, l'époux administrateur légal peut être comptable, comme celui qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté, soit envers l'absent s'il reparaît, soit envers ses héritiers ou ses ayants-cause (2). D'autres auteurs, et c'est la majorité, s'en tenant à l'induction qui se tire naturelle-

(1) V. M. Locré sur l'art. 124.

(2) V. M. de Moly, *Tr. de l'absence*, nos 580 à 587. C'est aussi cette opinion qui a prévalu dans le seul précédent que la jurisprudence présente sur la question. Mais, en vérité, on ne sait pas jusqu'à quel point il pourrait être permis d'invoquer ce précédent. La cour de Paris, de qui l'arrêt est émané, a renfermé toute sa doctrine dans ce motif par trop laconique : « Considérant que des dispositions des art. 124 et 129 C. civ., il résulte que l'époux qui opte pour la continuation de la communauté *est tenu de donner caution*, a mis l'appel au néant » (Arrêt du 9 janvier 1826, aff. Delaplane). Ni la doctrine ni la jurisprudence ne présentent assurément une pétition de principe mieux caractérisée.

ment du texte de la loi, enseignent que quelque utilité qu'il puisse y avoir d'ailleurs à exiger une caution de l'époux administrateur légal, le législateur ne l'ayant pas demandé dans le cas d'option pour la continuation de la communauté, ce serait ajouter aux dispositions de la loi que de déclarer la caution nécessaire dans ce cas (1). Il en est quelques-uns qui, prenant un terme moyen, distinguent entre le mari et la femme, et enseignent que le mari est dispensé de fournir caution, tandis que la femme en est tenue (2). Enfin, il en est d'après lesquels, dans le silence de la loi, le plus raisonnable, en définitive, serait de dire que l'on pourrait, sans violation ni excès de pouvoirs, résoudre diversement la question suivant les circonstances (3).

Entre ces opinions diverses, les deux dernières d'abord nous semblent inadmissibles. D'une part, en effet, la loi statue d'une manière absolue et ne distingue pas entre le mari et la femme ; on ne saurait donc imposer à celle-ci une obligation dont le premier serait dispensé. D'une autre part, les circonstances ne peuvent rien à la solution de la question : ou la disposition de la loi doit être prise comme exigeant la caution expressément ou tacitement, et alors la caution doit être fournie ; ou la loi n'exige pas la caution, et alors la caution ne peut pas être demandée.

Le débat reste donc entre les deux opinions extrêmes ; et, pour notre part, nous adoptons sans difficulté celle qui se prononce pour la dispense absolue de caution. Nous nous fondons non-seulement sur les différences que l'art. 124 lui-même établit entre le cas où l'époux présent opte pour la continuation de la communauté et celui où il demande la dissolution provisoire, ce qui est déjà très-significatif ; mais encore sur ce que la loi, qui, dans la plupart des cas, établit entre l'administration des envoyés en possession provisoire et celle de l'époux présent une assimilation parfaite (art. 126, 127, 129), a fait, au contraire, par rapport à la caution, une différence marquée entre les deux administrations. Celle des envoyés en possession provisoire, c'est-à-dire des héritiers présomptifs des donataires ou légataires de l'absent, doit, en vertu de la disposition expresse des art. 120

(1) V. MM. Proudhon et son annotateur M. Valette, *De l'état des personnes*, t. I, p. 317 ; Delvincourt, t. I, p. 47, note 16 ; Duranton, t. I, n° 465 ; Marcadé, *loc. cit.*, n° 3 ; Zachariæ, t. I, p. 301 ; Plasmann, *De l'absence*, t. I, p. 282 ; A. Dalloz, v° *Absence*, n° 338 ; Demolombe, t. II, n° 283 ; Duvergier, dans son édition annotée de M. Toullier, vol. I, p. 287, note *a*.

(2) V. MM. Toullier, t. I, n°s 466 et 470, et Talandier, *De l'absence*, p. 164.

(3) V. M. Demante, *Encycl.*, v° *Absence*, n° 84.

et 123, être garantie par une caution, et cette obligation n'est pas imposée lorsqu'il s'agit de l'administration de l'époux présent. Or, lorsque la loi affecte de mettre toujours les deux administrations sur la même ligne, que conclure de la différence qu'elle établit entre elles par rapport à la caution ? On n'en peut raisonnablement conclure qu'une chose, à savoir : qu'il a été dans la pensée du législateur de dispenser de l'obligation celle des deux administrations à l'occasion de laquelle il ne l'a pas nommément exigée. Cela, d'ailleurs, est parfaitement explicable : la continuation de communauté est essentiellement favorable, car elle place la fortune de l'absent dans les mains de celui qui en connaît le mieux les nécessités, et qui en outre est plus que personne intéressé à une bonne administration. Le législateur devait donc encourager l'époux présent à s'en charger, et c'est vers ce but qu'il a marché, en n'imposant pas à l'époux une obligation toujours onéreuse et dont l'accomplissement présente souvent quelques difficultés.

Cela établi, revenons aux pouvoirs que comporte l'administration de l'époux présent.

745. Lorsque c'est la femme qui est en état d'absence déclarée, le mari qui opte pour la communauté continuée demeure administrateur légal avec tous ses pouvoirs ordinaires de chef de l'association conjugale. Il *conserve* son administration, dit l'article 124 ; il peut donc, en vertu de l'art. 1421, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté comme il pouvait le faire sans le consentement de la femme lorsqu'elle était présente. M. Proudhon a dit cependant (1) : « Dans les cas ordinaires, le mari administrant la communauté en maître, peut aliéner et hypothéquer les fonds qui en dépendent ; mais ici celui qui a opté pour la continuation de la communauté ne peut être revêtu d'un pouvoir aussi étendu (art. 128)... » C'est là une erreur manifeste. Il s'agit ici d'une communauté continuée ; or, la communauté ne continuerait réellement pas, il s'établirait un contrat nouveau, si le mari n'avait pas, après la disparition de sa femme, les mêmes pouvoirs qu'il avait avant comme administrateur.

Cependant la responsabilité du mari peut être engagée vis-à-vis des héritiers de la femme par rapport à l'aliénation des biens communs. Supposons, en effet, que la femme ayant disparu en 1840, son mari ait opté en 1845 pour la continuation de la communauté, et qu'en 1846 il ait été vendu un conquêt moyennant

(1) V. p. 318 de l'édition revue et annotée par M. Valette.

20,000 fr.; si l'on suppose maintenant qu'immédiatement après la vente on acquière la preuve que la femme est décédée en 1842, époque où la communauté présentait un actif de 60,000 fr. réduit à 40,000 par l'effet de la vente du conquêt, les héritiers de la femme auront droit, à moins qu'ils ne renoncent à la communauté, à y prendre les 30,000 fr. qui, en 1842, époque de la dissolution réelle de la société conjugale, formaient la part de leur auteur dans la communauté. Toutefois, les héritiers de la femme n'auront d'action que contre le mari pour le recouvrement de ces 10,000 fr. formant la différence entre leur part telle qu'elle eût été en 1842, et celle que leur donnerait le partage de l'actif tel qu'il est présenté après la vente. Ils n'auraient aucun recours contre l'acquéreur, parce que vis-à-vis de ce dernier le mari puisait dans sa qualité d'administrateur de la communauté, tant que la mort de la femme n'était pas certaine, le pouvoir de vendre et par conséquent un droit apparent équivalent au droit réel.

746. Quant aux biens personnels de la femme absente, le mari qui aurait opté pour la continuation de la communauté en prendrait également l'administration : l'intérêt même de l'absent, comme nous l'avons expliqué plus haut, exige que l'on ne scinde pas les mesures provisoires auxquelles son absence donne lieu. Le mari prendrait donc l'administration que la femme se serait réservée relativement à ses immeubles personnels et celle des biens dont l'administration lui aurait été réservée par un donateur ou un testateur. Il administrerait également la partie du mobilier que la femme, si elle s'était mariée sous le régime de la communauté conventionnelle, aurait formellement exclue de la communauté. Mais, par rapport à ces derniers biens, les pouvoirs du mari administrateur légal ne seraient pas différents de ceux des envoyés en possession provisoire. Ainsi il ne pourrait ni vendre ni hypothéquer les immeubles personnels de la femme soumis à son administration (art. 128). Mais, aussi bien que les envoyés provisoires, il pourrait vendre les meubles, dans le cours de son administration, sans même se faire autoriser par la justice. La jurisprudence et la majorité des auteurs reconnaissent que le législateur en disant dans le deuxième paragraphe de l'art. 126, que le tribunal ordonnera, *s'il y a lieu*, de vendre tout ou partie du mobilier, entendait parler des meubles dont l'existence est constatée par l'inventaire que ce même article met à la charge des envoyés en possession, et nullement d'imposer aux envoyés en possession l'obligation de garder en nature, pendant

le cours de leur administration, tout objet mobilier dont le tribunal n'aurait pas cru dès l'abord devoir ordonner la vente (1). La solution est conforme à l'esprit de la loi : car, en thèse générale, là où la loi met le droit d'administrer, elle met également, soit expressément, soit virtuellement, le droit de vendre les meubles.

747. Remarquons, en terminant sur l'administration du mari, qu'en optant pour la continuation de la communauté, il contracte, aux termes de l'art. 126, l'obligation de faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent en présence du procureur du roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par ledit procureur du roi. Sous ce rapport, l'art. 126 place l'envoyé en possession provisoire et l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté sur la même ligne. Cela même s'élève contre l'opinion de quelques auteurs d'après lesquels l'inventaire mis à la charge du mari ne devrait comprendre que les meubles et titres personnels de la femme et non ceux de la communauté (2). Mais si le texte même de la loi condamne cette opinion, les motifs de la loi ne lui sont pas moins contraires. En effet, l'envoi provisoire comme la continuation de communauté sont l'un et l'autre un état de choses essentiellement passager qui mène à deux résultats différents, selon que l'absent reparaît ou non. Dans le premier cas, l'administration provisoire n'est qu'un dépôt, et la continuation est vraiment une continuation de communauté. Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire si l'absent ne reparaît pas, l'envoi en possession provisoire se transforme en une possession véritable, pourvu qu'il ait été obtenu par les héritiers de l'absent, par ses ayants-droit réels, et la continuation de communauté n'est qu'un dépôt entre les mains de l'époux présent, dépôt dont celui-ci devra compte aux ayants-droit de son conjoint dès que la mort de ce conjoint sera certaine et pourra être prouvée. Or, l'inventaire est prescrit précisément dans la prévoyance de ce compte à faire pour le cas où la dissolution de la communauté par la mort de la femme remontant à une époque même antérieure à la déclaration d'absence, la continuation de la communauté par le mari n'aurait été qu'un dépôt entre les mains de ce dernier. Dans ce cas, il

(1) V. Paris, 27 avril 1814 (aff. Roussel).

(2) V. MM. Toullier, t. I, n° 466, et Zachariæ, t. I, p. 300. L'un des auteurs du présent Traité avait d'abord suivi cette opinion, dont un nouvel examen de la question l'a fait revenir.

faut bien savoir de quoi se composait la communauté pour déterminer la part des héritiers de la femme ; et comment le saura-t-on si aucun inventaire ne constate l'existence du mobilier ?

Mais l'époux présent n'est pas tenu d'appeler à l'inventaire les héritiers présomptifs de l'absent, car ces héritiers sont représentés par le procureur du roi ou par le juge de paix, qui, d'après l'art. 126, doit assister à l'inventaire. Toutefois, les héritiers pourront toujours intervenir à leurs frais, s'ils croient leur présence nécessaire pour assurer l'exactitude de l'inventaire.

748. Lorsque c'est le mari qui est en état d'absence déclarée, la femme, en optant pour la continuation de la communauté, n'acquiert pas les pouvoirs étendus qui appartiennent au mari dans l'hypothèse inverse. Elle ne succède pas à l'administration qu'avait celui-ci comme chef de la communauté, et son administration ne trouve aucune règle dans les principes qui régissent la communauté, puisque d'après ces principes elle est et doit rester complétement étrangère à la gestion des intérêts communs. C'est donc dans le titre même de l'absence que ses droits sont réglés ; d'après cela, ses pouvoirs ne sont pas autres, en général, que ceux qui sont attribués aux envoyés en possession provisoire. Ainsi, elle ne peut ni vendre ni hypothéquer les immeubles soumis à son administration, pas plus les immeubles de la communauté que les immeubles personnels de l'absent. Mais la vente *pourrait être autorisée* par la justice en cas de nécessité, par exemple, s'il s'agissait d'établir un enfant. Quant aux meubles, la femme peut les aliéner ; car si elle n'a pas, en général, plus de droits que les envoyés en possession, elle a du moins tous ceux qui appartiennent à ces derniers ; et nous avons dit plus haut que le droit de vendre les objets mobiliers ne doit pas leur être refusé. Ajoutons, enfin, qu'à l'égal du mari la femme doit faire dresser, dès qu'elle prend l'administration, un inventaire qui constate l'existence des meubles du mari absent et ceux de la communauté. On voit, par ce qui précède, en quoi les pouvoirs du mari administrateur légal en cas d'absence de la femme ressemblent aux pouvoirs de la femme administrateur légal en cas d'absence du mari ; on voit aussi en quoi ces pouvoirs diffèrent entre eux. Il nous reste à signaler deux différences notables qui tiennent particulièrement à l'état de la femme.

749. D'une part, la femme ne jouit pas, pour prendre l'administration, de la liberté qui est accordée au mari. L'incapacité dont elle est frappée par le mariage la suit encore pen-

dant l'absence du mari, car l'absence n'a jamais pour effet de dissoudre le mariage. Elle reste donc sous l'empire de cette prohibition, qui ne lui permet ni d'agir ni d'ester en justice sans y être autorisée par son mari ou à défaut par la justice. Il résulte de là que la femme ne peut pas même opter pour la continuation de la communauté, ni par conséquent prendre l'administration, sans en avoir obtenu l'autorisation de la justice.

750. D'une autre part, la femme conserve malgré l'option par elle faite pour la continuation de la communauté, la faculté qui lui est donnée par l'art. 1453 de renoncer à la communauté. Cette faculté, qui est de droit commun, est fondée, dans les cas ordinaires, comme on le verra à la section quatrième de ce chapitre, sur ce que la femme ayant été étrangère à l'administration, il aurait été contraire à la justice de la contraindre à s'associer pour moitié aux conséquences de cette administration bonne ou mauvaise. Par cela même, on aurait pu contester cette faculté à la femme après que, dans le cas d'absence de son mari, elle se serait déterminée à opter pour la continuation de la communauté, puisque s'étant mêlée dans ce cas à l'administration, il eût été vrai de dire qu'elle avait contribué pour sa part à faire la communauté ce qu'elle serait à la dissolution. Le législateur n'a pas voulu qu'il en fût ainsi ; et pour mieux engager la femme à se charger d'une administration qu'il était de son intérêt de prendre autant que de celui de l'absent, il a dit expressément dans la dernière partie de l'art. 124 : « La femme en optant pour la continuation de la communauté conservera le droit d'y renoncer ensuite. »

Ici se bornent les explications que nous avions à présenter sur l'administration de la communauté en cas d'absence de l'un des époux. Nous verrons dans la section suivante comment finit la continuation de la communauté dont nous venons de parler, et tout ce qui se rapporte à la deuxième hypothèse prévue par l'art. 124, celle où l'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté.

SECTION III.

DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE QUELQUES-UNES DE SES SUITES.

Sommaire.

751. Texte de l'art. 1441.

752. Indépendamment des causes de dissolution énoncées dans cet article,

l'ancienne jurisprudence en admettait qui ne produiraient pas le même effet aujourd'hui : adultère de la femme, abandon de la femme par son mari.

733. Mais il en est d'autres qui sans produire des effets en tout semblables à ceux qui leur étaient assignés, subsistent cependant comme causes susceptibles, suivant les circonstances, de dissoudre la communauté : telles sont l'annulation du mariage et l'absence de l'un des époux.

734. Ainsi la communauté peut se dissoudre par la mort naturelle ou civile, par la séparation de corps, par la séparation de biens, par l'annulation du mariage et par l'absence. — Renvoi quant à l'annulation du mariage et à la séparation de corps ou de biens. — Division de la matière.

731. Comme toutes les autres sociétés, la communauté peut être dissoute, soit par l'effet de la loi, soit par le fait des associés eux-mêmes (1) : parmi les diverses causes qui opèrent la dissolution de la société conjugale, les unes sont accessoires, en ce qu'elles n'existent que comme une conséquence de la dissolution du mariage lui-même ; les autres sont principales, en ce qu'elles dissolvent la société civile existante entre les époux mariés en communauté, *tout en laissant subsister le lien civil de leur* mariage (2). L'art. 1441 range dans une disposition commune diverses causes de dissolution qui rentrent dans cette double catégorie. Aux termes de cet article, « la communauté se dissout: 1° par la mort naturelle; 2° par la mort civile; 3° par le divorce ; 4° par la séparation de corps; 5° par la séparation de biens. »

732. Ces cinq causes, dont il faut retrancher le divorce, qui, par l'effet de la loi abolitive du 8 mai 1816, n'existe plus dans notre législation, ne sont pas les seules susceptibles d'opérer la dissolution de la communauté. L'ancienne jurisprudence en avait admis d'autres, parmi lesquelles il en est qui, pour n'avoir pas été énumérées dans l'art. 1441, n'en comportent pas moins, sinon d'une manière absolue, du moins suivant les circonstances, l'effet qu'elles avaient autrefois.

Nous ne rangerons assurément dans cette catégorie ni le jugement qui, sur la plainte du mari, déclarerait la femme convaincue d'adultère, ni le fait par le mari d'avoir abandonné sa femme. Ces deux faits, qui, sous l'ancienne jurisprudence, opéraient la dissolution de la communauté (3), constitueraient seu-

(1) Discours de M. Siméon au corps législatif. V. M. Locré, t. XIII, p. 462, n. 34.

(2) Exposé des motifs de M. Berlier. V. M. Locré, *loc. cit.*, p. 282, n° 15.

(3) V. Pothier, *De la communauté*, n^os 506 et 507. V. aussi une décision

lement aujourd'hui une cause susceptible de faire prononcer la séparation de corps, qui, on le sait, entraîne la séparation de biens : mais l'adultère de la femme, cet adultère eût-il été suivi d'une peine correctionnelle prononcée sur la plainte du mari, et l'abandon par le mari de sa femme, ne suffiraient pas en eux-mêmes pour opérer la dissolution de la communauté. Nous ne rangerons pas davantage parmi les causes de dissolution à ajouter à celles qu'énumère l'art. 1441, l'état de fureur ou même de démence de l'un ou de l'autre des époux, qui, s'il ne dissolvait pas la communauté de plein droit, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, était cependant, lorsqu'il atteignait le mari, une cause pour la femme de demander la séparation (1). Aujourd'hui, l'état de démence ou de fureur pourrait seulement motiver une demande en interdiction ; il ne motiverait pas une dissolution de la communauté et ne pourrait même pas servir de fondement à une demande en séparation. Ajoutons enfin, qu'il ne faut pas non plus mettre au rang des causes susceptibles d'opérer par elles-mêmes la dissolution de la communauté, la déconfiture du mari ni même sa faillite déclarée : cette situation dans les affaires du mari peut fonder seulement une demande en séparation de biens de la part de la femme et amener ainsi à une dissolution qu'elle n'opère pas *ipso facto* (2).

753. Mais il n'en est pas de même de la nullité du mariage ou de l'absence de l'un des époux. Dans les anciens principes, la convention de communauté étant, de même que toutes les autres conventions de mariage, dépendante de la condition *si nuptiæ sequantur*, on tenait qu'un jugement qui déclarait un mariage nul, entraînait par cela même la nullité de la convention relative à la communauté ; et partant que les parties devaient retirer de la société de fait qui avait existé entre elles ce que chacune y avait apporté, et se partager les profits par moitié. D'une autre part, relativement à l'absence, on tenait, comme nous l'avons expliqué à la fin de la section précédente, que la communauté était provisoirement dissoute du jour où les héri-

de laquelle il résulte que sous l'ancienne jurisprudence, l'abandon de la femme par son mari dissolvait la communauté existante entre eux, sans contrat de mariage, et en vertu d'un statut local ; et par suite que la femme fût-elle décédée sous l'empire du Code civil, le mari avait pu être déclaré mal fondé à exercer, à titre de communauté, des droits dans la succession de sa femme. *Civ. rej.*, 4 août 1829 (aff. Pracht).

(1) V. Pothier, *loc. cit.*, n° 509.

(2) *Conf.* M. Duranton, t. XIV, n° 397.

tiers présomptifs avaient, après le temps d'absence requis, formé contre l'époux présent la demande d'envoi en possession des biens de l'absent, ou bien du jour où l'époux présent avait agi à cet égard contre les héritiers de l'absent (1). Aujourd'hui, si l'absence de l'un des époux peut donner lieu à la continuation de la communauté, elle peut aussi, on l'a déjà vu, en entraîner, suivant les circonstances, la dissolution provisoire et même la dissolution définitive. Et quant à la nullité du mariage, si elle n'opère pas, quant au passé, de la même manière que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, il est certain cependant que, quant à l'avenir, elle entraîne avec elle aujourd'hui, comme autrefois, la dissolution de la société conjugale.

754. Ainsi, en complétant d'après ces données la disposition de l'art. 1441, nous disons : Il faut ranger parmi les causes qui dissolvent la communauté accessoirement à la dissolution du mariage lui-même, 1° la mort naturelle ; 2° la mort civile ; 3° l'annulation du mariage : et parmi les causes susceptibles de dissoudre la communauté tout en laissant subsister le mariage, il faut placer : 1° la séparation de corps ; 2° la séparation de biens ; 3° l'absence de l'un des époux.

Nous avons déjà traité de l'annulation du mariage considérée dans ses effets par rapport au contrat (2). Quant à la séparation de corps et à la séparation de biens, leur importance même nous détermine à leur consacrer un chapitre spécial (3). Nous n'aurons donc à nous occuper ici que de la mort naturelle ou civile et de l'absence considérées comme causes de dissolution de la communauté. Ce sera l'objet de deux paragraphes distincts.

§ 1er. — De la dissolution de la communauté par la mort naturelle ou civile.

Sommaire.

755. La mort naturelle de l'un des époux entraîne la dissolution de la société conjugale.

756. La mort civile produit le même effet à partir du jour où elle est encourue, sans que ni la grâce ni la prescription de la peine effacent cet effet dans le passé.

757. Les principes étaient les mêmes sous l'ancienne jurisprudence ; mais, dans un cas particulier, l'ancienne jurisprudence avait établi une ex-

(1) V. Pothier, *loc. cit.*, nos 505 et 508.
(2) V. *suprà*, ch. 1er, sect. x, nos 160 et suiv.
(3) V. notre ch. vi, t. ii, nos 790 et suiv.

ception à la règle d'après laquelle la communauté est dissoute par la mort naturelle ou civile de l'un des époux. — De la continuation de communauté faute par le survivant d'avoir fait inventaire à la dissolution du mariage.

758. Questions transitoires se rattachant à cet ancien état de choses.

759. Suite. — Règles de solution.

760. Sous l'empire du Code civil, la formalité de l'inventaire à dresser lors de la dissolution du mariage est assurée par une sanction différente. — Texte de l'art. 1442.

761. En premier lieu, le défaut d'inventaire permet à toutes les parties intéressées d'établir la consistance des biens communs par tous les genres de preuve, même par la commune renommée.

762. Suite.

763. En second lieu, s'il existe des enfants mineurs âgés de moins de dix-huit ans et non encore émancipés, le défaut d'inventaire fait perdre à l'époux survivant l'usufruit légal établi par l'art. 384, C. civ.

764. Cette déchéance s'applique abstraction faite du régime d'association conjugale qui a existé entre les époux. Controverse.

765. Des conditions auxquelles cette déchéance peut être évitée.

766. L'inventaire doit être fait devant notaire.

767. Il doit être fait en présence du subrogé tuteur ou de son mandataire.

768. Suite.

769. Enfin il doit être fidèle et sans omissions.

770. Du délai dans lequel l'inventaire doit être fait.

771. A défaut d'inventaire ou d'inventaire régulier, la déchéance de l'usufruit légal existe de plein droit.

772. Quelle est l'étendue de cette déchéance.

773. De la responsabilité du subrogé tuteur; en quoi elle consiste.

755. La communauté commence avec le mariage ; elle devait naturellement finir avec lui : par suite, la mort de l'une des parties entraîne la dissolution de la société conjugale comme elle entraînerait la dissolution de toute autre société. *Morte socii solvitur societas.*

756. Image de la mort naturelle par rapport aux droits civils des époux, la mort civile devait, par cela même, entraîner la dissolution de la communauté. Déjà sous l'ancienne jurisprudence, la mort civile considérée comme cause de dissolution de la communauté avait été placée au même rang que la mort naturelle. C'est ce qu'exprime Pothier (1). « La communauté, dit-il, se dissout aussi par la mort civile qui survient à l'une ou à l'autre des parties par une condamnation à une peine capitale. Quoique cette mort civile n'empêche pas le mariage

(1) V. *De la communauté*, n° 504. *Conf.* Duplessis, liv. I, ch. V, sect. III; Pocquet de Livonnière, liv. IV, ch. I; Augeard, t. II, ch. VII.

de subsister, quant au lien naturel, il ne subsiste pas néanmoins comme mariage civil (1) ; il n'a plus les effets civils : d'où il suit que la communauté conjugale qui était entre les parties, laquelle était un des effets civils du mariage, ne peut plus subsister. Cette communauté étant quelque chose de civil, il ne peut plus y avoir de communauté avec une personne qui n'existe pas dans la société civile. » Le Code civil a suivi cette doctrine, et en plaçant dans l'art. 1441 la mort civile au rang des causes susceptibles de dissoudre la communauté, il n'a fait que reproduire et confirmer une conséquence déjà déduite dans l'art. 25 du Code civil, d'après lequel « l'époux du mort civilement et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture. »

Disons néanmoins que si la mort civile se rattache à la condamnation, elle n'est pas produite immédiatement par la condamnation elle-même. Dans le système de la loi actuelle, nous avons eu déjà l'occasion de le dire, la mort civile ne date, en cas de condamnation contradictoire, que du jour de l'exécution, soit réelle, soit par effigie ; et en cas de condamnation par contumace, elle commence seulement après les cinq années qui suivent l'exécution du jugement par effigie et pendant lesquelles le condamné peut se représenter (C. civ., art. 26, 27). C'est donc à partir de l'une ou de l'autre de ces époques, suivant que la condamnation prononcée contre l'un des époux est contradictoire ou par contumace, que la mort civile encourue opère la dissolution de la communauté.

D'un autre côté, dès que la mort civile est encourue, ni la grâce, ni l'amnistie, ni la prescription de la peine, n'en peuvent effacer les effets dans le passé, en redonnant à la communauté une existence que la mort civile a pour effet de détruire (2).

(1) M. Marcadé a fait une distinction semblable entre le lien civil et le lien naturel ou religieux. Mais cet auteur a reconnu virtuellement que toute-puissante dans le for intérieur, dans le domaine de la conscience, cette distinction est sans résultat devant la loi positive, et il a invinciblement établi, contre la doctrine de M. Toullier, que dans le système du Code qui a considéré le mariage comme un contrat purement civil, la mort civile anéantit tous les effets du mariage, le lien lui-même comme les autres effets, ce qui met l'époux du mort civilement en position de contracter valablement un nouveau mariage civil. V. 3e édit., sur l'art. 25, n° 5.

(2) La jurisprudence a fait des applications fréquentes du principe à la mort civile résultant de l'émigration. Il a été jugé en effet que la communauté dissoute par l'émigration du mari n'a point été rétablie pour le passé par l'effet

757. Des causes de dissolution telles que la mort civile et la mort naturelle se rattachent à l'essence même des sociétés. En effet, on aurait peine à comprendre qu'une société formée entre deux personnes subsistât encore après la mort de l'un des associés. Cependant l'ancienne jurisprudence avait créé, pour un cas particulier, une exception à cette règle essentielle, en établissant une continuation de communauté qui, suivant les circonstances, pouvait être simple ou composée. La continuation de communauté était une peine infligée au survivant des époux qui restant avec des enfants mineurs nés de son mariage, avait négligé de faire un bon et fidèle inventaire. Dans ce cas, la communauté qui avait existé entre les deux époux se prolongeait après la mort de l'un d'eux entre leurs enfants et le survivant : c'était la continuation de communauté simple. Mais il y avait aussi une continuation de communauté composée qui était celle à laquelle le survivant avait associé des tiers, comme quand il avait contracté un second mariage. Il se formait alors deux sociétés qui se confondaient en une seule, appelée communauté *tripartite*, parce qu'elle se partageait par tiers entre trois têtes : le survivant des époux pour une tête, les enfants du premier lit pour la seconde, et le second conjoint pour la troisième. Ces deux communautés, bien qu'elles n'en fissent qu'une, n'en conservaient pas moins leur être propre et distinct. Si le second conjoint de l'époux survivant mourait à son tour laissant aussi des enfants mineurs de son mariage, l'époux restait encore en continuation de communauté tripartite avec ses enfants des deux lits, et le fonds commun renfermait ainsi un tiers pour l'époux survivant, un tiers pour les enfants du premier lit, et un tiers pour les enfants du second lit. Si les époux avaient chacun des enfants d'un précédent mariage avec lesquels ils fussent en continuation de communauté, il se formait, entre les deux époux et les enfants des précédents mariages, une nouvelle communauté qui se divisait en quatre parts, deux pour les deux époux et deux pour les enfants des deux précédents mariages. Si l'un des deux époux ou tous les deux ensemble étaient en

de l'amnistie, et en conséquence, que l'amnistie n'a porté aucune atteinte aux droits et aux biens que la femme s'était rendus propres pendant la mort civile de son mari, lesquels n'ont pas pu, au décès de celui-ci, être considérés comme des acquêts de communauté. V. *Civ. cass.*, 10 juin 1806 (Magnen c. Masson); *Req. rej.*, 12 novembre 1810 (aff. Jaurias); *Civ. rej.*, 10 août 1842 (aff. Delle). V. aussi Toulouse, 22 juin 1844 (aff. de Folmont).

continuation de communauté avec des enfants de plusieurs lits, par exemple, si le mari avait des enfants de trois lits et la femme de deux, la communauté était composée de sept parts ; une pour chacun des deux époux et cinq pour les enfants des précédents mariages. Dans ces divisions différentes, chaque part se subdivisait par portions égales entre tous les enfants d'un même lit (1).

C'était la doctrine consacrée par les art. 240 et 241 de la coutume de Paris ; les dispositions en avaient été étendues à tous les pays dont la coutume était muette sur ce point (2). Mais, quant aux coutumes qui avaient réglé la continuation de communauté, elles étaient, à cet égard, comme l'a dit M. Duveyrier au corps législatif, plus discordantes que sur toute autre question de communauté. La continuation avait toujours pour cause le défaut d'inventaire de la part des époux ; mais elle prenait suivant les localités un caractère différent : à Paris, c'était une peine contre le survivant, une sorte de réparation accordée aux enfants pour les dommages résultant du défaut d'inventaire ; à Orléans, la continuation de communauté avait une toute autre signification, elle était seulement un écho de l'ancien droit attesté dans ce passage du Grand coutumier, liv. II, ch. XL : « Par usage et coutume, deux conjoints demeurants ensemble par an et jour, sans faire division ni protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté, quant aux meubles et conquêts ; et pour ce, si ces deux conjoints ont un fils, et après, l'un d'iceux va de vie à trépas, et depuis, icelui fils demeure avec le survivant sans faire inventaire, partage ni division, tout ce que le survivant a conquêté, reviendra en communauté avec le fils (3). » La différence dans le caractère de la continuation de communauté était essentielle, en ce qu'il s'y rattachait certaines questions, comme celle de savoir si la communauté continuée était la communauté même qui avait existé entre les deux époux, ou une communauté nouvelle formée entre le survivant et ses enfants ; questions dont la solution variait suivant que la continuation de communauté était considérée comme une peine ou comme la confirmation de l'ancien droit.

(1) V. sur ce point le Nouveau Denisart, v° *Continuation de communauté*, et Merlin, *Rép.*, *eod. verb.*

(2) V. dans Brodeau sur Louet, lettre C, ch. XXX, n° 2, les arrêts rendus en forme de règlement. V. aussi Pothier, *De la communauté*, n° 770 ; Lebrun, liv. III, ch. III, sect. I^re^, n° 7 ; Renusson, *Continuation de commun.*, 3^e^ quest.

(3) V. Pothier, *loc. cit.*, n^os^ 771 et 773.

Ce n'est pas tout : les conditions de la communauté continuée variaient également. A Paris, elle s'établissait d'abord sans distinction aucune entre l'époux survivant et ses enfants *mineurs ;* à Orléans, d'après l'art. 216, elle s'établissait *lorsque les conjoints étaient non nobles ;* quelques coutumes, comme celle de Bar, article 232, ordonnaient la continuation de la communauté quand l'époux prédécédé avait laissé des enfants, sans distinguer s'ils étaient majeurs ou mineurs ; d'autres, comme celle de Montargis, ch. IX, art. 3, fondaient la continuation de la communauté uniquement sur le mélange des biens, et partant elles disposaient que la continuation avait lieu non-seulement entre le survivant et les enfants, mais encore avec les héritiers collatéraux du prédécédé lorsqu'il n'y avait point d'enfants.

On pressent tout ce qu'un tel état de choses devait jeter de difficultés dans les liquidations. Dans ce conflit de plusieurs sociétés qui se formaient lorsque le survivant des époux se remariait, il était difficile qu'il ne surgît pas des embarras inextricables ; il était également difficile que les contestations ne se compliquassent pas souvent des questions les plus épineuses, par exemple, de savoir quelle coutume devait être suivie, lorsque après s'être mariés sous l'empire de telle législation les époux allaient s'établir dans un pays régi par une législation différente où le décès de l'un d'eux donnait ouverture à la continuation de la communauté (1). Aussi, à cause de ses inconvénients mêmes et des procès qu'elle pouvait susciter, la continuation de communauté instituée pour protéger l'intérêt des enfants ne leur offrait qu'un très-dangereux secours. D'un autre côté, elle faisait violence à la nature même des choses ; car, M. Berlier le disait très-exactement dans son exposé des motifs, « toute société se rompt par la mort de l'un des associés : ce principe est incontestable, et il ne l'est pas moins qu'on ne peut être placé malgré soi dans les liens d'une société qu'on n'a pas contractée ni voulu contracter. » Par toutes ces considérations, les rédacteurs du Code ont dû rechercher un autre moyen d'assurer la confection de cet inventaire qu'il est si nécessaire de dresser à la dissolution de la communauté. Ainsi ont-ils fait. Mais avant d'en venir à la sanction qu'ils ont substituée par l'art. 1442 du Code civil à cette sanction si périlleuse qui consistait dans la dissolution de la communauté, il faut suivre les traces que cette dernière a laissées

(1) V. dans Pothier, *De la communauté*, n. 775 et suiv., l'examen de bon nombre de ces difficultés.

dans la jurisprudence moderne, et y relever quelques questions transitoires qui se sont produites et pourront, pendant quelque temps encore, reparaître de nouveau.

758. Celle de toutes qui se présente la première à l'examen, est de savoir si la sanction établie par la législation coutumière contre le défaut d'inventaire doit être appliquée dans le cas où l'un des époux mariés sous l'empire de cette législation est mort après la promulgation du Code civil. La cour de Bordeaux s'est prononcée pour l'affirmative, en se fondant sur ce que lorsque des époux ont fait des dispositions de la coutume de Paris vivantes au moment de leur mariage la loi spéciale de leur mariage et de leur communauté, on ne pourrait, sans porter atteinte au principe de la non rétroactivité, substituer aux règles établies par les art. 240 et 241 de la coutume de Paris, l'art. 1442 du Code civil, pour faire régir par cet article la durée et le mode de dissolution de la communauté (1). M. Battur adopte aussi cette opinion : mais il y fait une réserve. La solution lui semble évidente en tant qu'elle s'applique à un mariage contracté dans le ressort du parlement de Paris, attendu que l'obligation de faire inventaire était une clause tacite du contrat de mariage, et que la continuation étant la peine attachée à l'omission de cette formalité, le Code n'a pu détruire un droit acquis aux conjoints et à leurs héritiers. Que si la solution s'applique à un mariage contracté dans le ressort de la coutume d'Orléans, M. Battur n'en admet pas le principe, attendu que dans le ressort de cette coutume la communauté continuée à défaut d'inventaire, ne constituait pas la société même qui avait existé, mais une société nouvelle succédant sans intervalle, même entre majeurs, à l'ancienne qui était dissoute, en sorte que tout étant fini par le décès de l'un des conjoints, on ne peut admettre une autre communauté que la loi actuelle n'approuve pas (2).

La doctrine absolue de la cour de Bordeaux et l'opinion mitigée de M. Battur sont, à notre avis, également inadmissibles. Il faut toujours, lorsqu'il s'agit de déterminer l'influence d'une loi nouvelle sur un contrat arrêté, en revenir à cette distinction

(1) Bordeaux, 5 janvier 1826 (Estanave c. Laprade). Cet arrêt a été suivi, sur le pourvoi dont il a été l'objet, d'un arrêt de rejet rendu par la chambre civile de la cour de cassation le 12 août 1828 : mais la cour suprême s'est déterminée par des motifs qui l'ont dispensée de statuer sur la question dont il s'agit ici.

(2) V. *Traité de la communauté*, t. II, n° 617.

fondamentale entre ce qui est conventionnel dans le contrat et ce qu'il y a de purement statutaire. Ce qui est conventionnel est l'ouvrage des parties, et l'on comprend que la loi nouvelle n'y puisse pas porter atteinte ; ce qui est statutaire est l'œuvre du législateur, et rien ne s'oppose, tant que le fait n'est pas accompli, tant que le droit n'est pas acquis, à ce que le législateur intervienne de nouveau et détruise son action par une action contraire. Or, la continuation de communauté peut-elle être rangée parmi les stipulations conventionnelles du contrat de mariage ? Toute la question est là : et sur ce point la solution a été solidement établie dans une consultation à laquelle a donné lieu l'arrêt cité de la cour de Bordeaux (1). La continuation de communauté attachée au défaut d'inventaire, y dit-on, n'était pas un droit acquis à l'instant du mariage, en tant que les deux époux vivaient : c'était plutôt une promesse, une expectative, qu'un droit acquis ; il fallait le concours de plusieurs circonstances qui pouvaient ne se réaliser jamais : le décès de l'un des conjoints avant l'autre, des enfants en minorité, le défaut d'inventaire ; tant que ces faits n'étaient pas arrivés, la continuation de communauté ne pouvait pas avoir lieu. Elle ne dépendait pas de la convention qui avait stipulé la communauté, mais de la formalité de l'inventaire omise et négligée. La loi était toujours libre d'attacher à cette omission telle conséquence qu'elle jugerait à propos; tant que cette continuation n'était pas encourue, elle pouvait supprimer, pour les successions qui s'ouvriraient à l'avenir, la formalité de l'inventaire ; elle a pu également modifier et adoucir les conséquences et les peines qui seraient encourues par l'inobservation de cette formalité. Il n'est pas exact d'assimiler la disposition de la loi à une convention insérée dans un contrat de mariage. La première produit les mêmes effets que la seconde, *si elle n'est pas révoquée* avant l'événement pour lequel elle est portée ; mais elle n'a pas la même irrévocabilité. Ainsi, en résumé, les époux mariés sous l'empire des anciens principes ne peuvent être réputés avoir écrit dans leur contrat de mariage la clause de continuation de communauté ; ils sont seulement réputés avoir consenti à ce que la loi suppléât cette clause, mais avec toutes les chances attachées à un droit créé par la loi seule, conséquemment révocable par l'autorité qui l'a créé.

(1) La consultation est délibérée par MM. Tripier, Delacroix-Frainville et Billecoq. Elle est rapportée par M. Dalloz, dans son Recueil périodique, 1828. 1. 279, en note.

759. Mais dès que la condition à laquelle l'ancienne jurisprudence subordonnait la continuation de la communauté s'est trouvée réalisée à la promulgation de la loi nouvelle, le droit est désormais acquis : la survenance de cette loi nouvelle n'a pu enlever aux enfants du prédécédé le droit de demander la continuation de communauté avec lui (1). Comment se règle alors la continuation de la communauté ? En thèse générale, elle se règle par la stipulation du contrat de mariage combinée avec la coutume sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté.

Toutefois, ceci ne doit pas être pris d'une manière absolue. Par rapport aux enfants ou aux collatéraux en continuation de communauté avec le survivant, le contrat de mariage n'avait d'effet anciennement que relativement à ce que ces enfants ou ces collatéraux tenaient de la succession de leur auteur, succession dont le survivant était en possession. Par conséquent, il n'entrait dans la communauté continuée rien de ce que les enfants ou les collatéraux avaient acquis à quelque titre que ce fût d'une autre source (2). De là il suit que si après la publication du Code civil, qui a trouvé des enfants en continuation de communauté avec leur père ou avec leur mère, les premiers ont fait des acquisitions même à titre onéreux, les biens acquis constituent une propriété personnelle pour les enfants et non pas un acquêt de la communauté. La cour de Bourges a même décidé que les acquisitions faites par le fils *conjointement* avec son père pendant la communauté continuée, n'y tombent pas, fût-il même établi que le fils n'eût pas fourni de deniers, sauf récompense des sommes provenant de la communauté et employées au profit du fils (3).

Par rapport au survivant lui-même, les stipulations du contrat de mariage ne régissent pas non plus d'une manière absolue les faits accomplis pendant la durée de la communauté. Ainsi, il serait difficile d'admettre que ce qui dans le contrat de mariage constitue un avantage stipulé en faveur du survivant des époux dût encore exercer son empire sur des biens qui n'existaient pas dans la communauté au moment où s'est réalisé l'événement d'où dépendait l'avantage. Il a été jugé en ce sens que de ce que sous la coutume d'Artois, conforme en ce point à la coutume de Paris, la communauté continuait de plein droit à défaut d'in-

(1) Paris, 23 novembre 1815 (Taskin c. Ménier).
(2) V. Pothier, *De la communauté*, n° 829.
(3) V. Bourges, 11 mai 1812 (Élion c. Yvernault).

ventaire, entre l'époux survivant et l'héritier du prédécédé, il ne s'ensuivait pas que la donation d'usufruit faite dans le contrat de mariage en faveur du survivant des époux dût porter non-seulement sur les biens qui composaient la communauté au moment du décès, mais encore sur ceux qui n'y sont entrés que depuis (1). En effet, d'une part, nul ne peut disposer que des biens qui lui appartiennent ou qui lui appartiendront au moment de son décès ; d'une autre part, la stipulation d'un usufruit ou d'un avantage quelconque en faveur de l'époux survivant, est une donation et non point une modification de la communauté ; elle doit donc rester soumise aux conditions qui lui sont propres et nullement aux conditions de la communauté elle-même : partant il était impossible d'appliquer l'effet de la donation à des biens qui n'étaient la propriété du donateur ni au moment de la disposition, ni au moment de son décès.

Mais en tout ce qui touche au règlement même de la communauté, les clauses du contrat de mariage qui établit cette communauté s'appliquent également à sa continuation, en tant que le contrat de mariage aurait été contracté sous l'empire d'une coutume qui ne considérait la communauté continuée que comme la suite de la communauté précédemment établie entre les époux. Ainsi, en supposant qu'il eût été stipulé dans un contrat de mariage passé sous la coutume de Paris, que les biens mobiliers qui adviendraient aux époux par succession leur demeureraient propres, cette clause serait applicable aux successions mobilières recueillies par le survivant depuis le décès de son conjoint, et ces successions seraient en conséquence exclues de la continuation de la communauté. La cour de Paris s'est expressément prononcée dans ce sens (2). On pourrait néanmoins invoquer contre cette solution la doctrine de Pothier, d'après lequel, même sous l'ancienne jurisprudence, la clause qui aurait exclu de la communauté le mobilier des successions échues aux conjoints pendant leur union, n'excluait pas de la continuation de communauté le mobilier des successions échues au survivant après la dissolution du mariage (3). Mais cette doctrine n'était pas suivie. Pothier lui-même cite un arrêt du 3 mars 1635 qui l'avait contredite. En effet, dès que la continuation de communauté, dans le ressort de la coutume de Paris, n'était que la

(1) *Civ. cass.*, 8 mars 1843 (aff. Delalleau).
(2) V. l'arrêt déjà cité, du 23 novembre 1815 (aff. Taskin).
(3) V. *De la communauté*, n° 828.

suite de la communauté commencée entre les époux, il en devait résulter que le règlement établi pour la communauté par le contrat de mariage devait suivre la communauté continuée entre le survivant et ses enfants.

Toutefois, la doctrine de Pothier, essentiellement contestable en tant qu'elle s'appliquait à la continuation de communauté autorisée par les art. 240 et 241 de la coutume de Paris, n'aurait pas pu, ce nous semble, être contestée si elle eût été exclusivement appliquée à la continuation de communauté réglée par la coutume d'Orléans. Sous cette dernière coutume, la communauté continuée formait entre le survivant et les enfants du mariage une société nouvelle et essentiellement différente de celle qui avait d'abord existé entre les époux, en sorte que cette idée d'un prolongement de communauté n'étant plus admissible, on pouvait très-bien dire, par rapport à la clause ci-dessus supposée, d'une part, que les clauses de réalisation sont de droit étroit et n'admettent pas d'extension, et d'autre part, que c'est la loi et non la convention qui forme la continuation de communauté, et partant que c'est à la loi et nullement à la convention qu'il appartient de régler ce qui doit ou non entrer dans la communauté continuée.

Voilà d'après quelles distinctions doivent, à notre avis, être résolues les difficultés que la continuation de la communauté, cette ancienne sanction si justement abrogée pour l'avenir, pourrait encore susciter. Mais ces difficultés, dont le nombre va s'affaiblissant sans cesse, auront bientôt disparu complétement de notre pratique. Nous pouvons donc, sans insister davantage, passer aux règles qui, dans le système du Code civil, ont pour objet d'assurer autant que possible l'observation des prescriptions de la loi relatives à l'inventaire.

760. « Le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un des époux, dit l'art. 1442 du Code civil, ne donne pas lieu à la continuation de la communauté ; sauf les poursuites des parties intéressées relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titres que par la commune renommée.

» S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus ; et le subrogé-tuteur qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. »

Deux dispositions distinctes sont contenues dans cet article :

elles diffèrent entre elles par leur objet; elles diffèrent aussi par leur origine en ce qu'elles se rattachent l'une et l'autre à des principes distincts : il est dès lors très-important de ne pas les confondre, car c'est peut-être pour ne les avoir pas assez soigneusement distinguées que nombre d'auteurs ne leur ont pas laissé dans l'application l'extension que l'une et l'autre comportent naturellement.

761. En principe, la dissolution d'une communauté par la mort naturelle ou civile de l'un des époux donne lieu à la confection d'un inventaire par le survivant; car toute communauté dissoute doit nécessairement arriver à une liquidation, à un règlement des intérêts communs. Or l'instrument nécessaire d'une liquidation est un inventaire qui donne exactement la consistance des biens et des effets ayant appartenu à la communauté dissoute; qui fasse connaître par cela même les choses qui, étant la propriété personnelle de l'un ou de l'autre des époux, ne doivent pas être attribuées à la communauté, encore qu'elles aient été momentanément confondues avec les biens communs; enfin qui fixe complètement les éléments du partage à faire si la femme ou ses héritiers acceptent la communauté. La première disposition de l'art. 1442 a pour objet d'assurer la confection de cet inventaire. Comment la loi s'y prend-elle? En imposant à l'époux survivant qui aurait négligé d'accomplir cette formalité, la nécessité de subir l'action des parties intéressées qui pourront arriver à établir la consistance des biens communs par tous les genres de preuve et même par la plus vague, la plus incertaine de toutes, par la commune renommée. A plus forte raison les parties intéressées pourraient-elles faire cette preuve en la forme ordinaire des enquêtes. La loi ne parle que de la preuve par titres ou par commune renommée. Mais on ne peut pas raisonnablement supposer que le législateur qui, dans l'art. 1415, n'autorise la preuve par commune renommée qu'à défaut de la preuve testimoniale ordinaire, ait omis de mentionner cette dernière preuve dans l'art. 1442 à dessein d'en interdire l'usage.

762. Comme elle se rattache aux règles mêmes de la communauté en ce qu'elle a pour objet de satisfaire à la nécessité d'un partage régulier, la première disposition de l'art. 1442 est absolument indépendante, dans l'application, de l'existence d'enfants mineurs à la dissolution de la communauté; les enfants majeurs peuvent aussi s'en prévaloir. M. Toullier (1) enseigne

(1) V. t. XIII, n° 5.

cependant que lorsque tous les enfants sont majeurs, l'époux survivant n'est pas tenu de faire inventaire s'il n'en est requis, parce que, dit cet auteur, « la disposition du premier alinéa de l'art. 1422 n'est faite que pour les cas où le défaut d'inventaire donnait autrefois lieu à la continuation de communauté, c'est-à-dire pour les cas où il existe, à l'époque de la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, des enfants mineurs. » La cour de Caen a décidé, dans ce sens, que l'enfant majeur au décès de sa mère n'est pas admis, à défaut d'inventaire, à prouver par témoins la valeur du mobilier conservé par son père (1). Une semblable réserve n'a pas été dans la pensée du législateur. Si la coutume de Paris n'admettait la continuation de communauté qu'entre l'époux survivant et les enfants *mineurs*, d'autres coutumes supposaient que cette continuation pouvait s'établir avec des enfants *majeurs* ou même avec des *collatéraux*. En supprimant la continuation de communauté les rédacteurs du Code ont eu en vue ces situations diverses; ils s'en sont formellement expliqués : la raison historique sur laquelle M. Toullier fonde sa solution n'a donc réellement pas de valeur. En outre, cette solution est repoussée par le texte même de la loi. Ce n'est pas seulement aux enfants mineurs que l'art. 1422 a attribué le droit d'établir par tous les genres de preuve, à défaut d'inventaire, la consistance des biens et des effets communs, c'est aux *parties intéressées*. Or, ces expressions générales excluent par elles-mêmes toute distinction entre les majeurs et les mineurs; c'est ce que M. Duveyrier a formellement exprimé dans son rapport au tribunat. « Pour la conservation de tous les intérêts, disait le rapporteur (2), le même article autorise les *parties intéressées*, *sans distinction*, à poursuivre et à faire preuve tant par titres que par la commune renommée, de la consistance des biens et effets communs au moment de la communauté dissoute. » Les enfants majeurs rentrent donc dans cette dénomination de parties intéressées, et la cour de Caen prenait elle-même dans ce sens étendu la première disposition de l'art. 1442, lorsqu'elle accordait le bénéfice de cette disposition à tous les héritiers, en décidant que si l'époux survivant n'est pas déchu, à défaut d'inventaire, du droit d'exercer ses reprises sur les biens de la communauté, les héritiers de l'époux prédécédé doivent du moins être admis à établir tant par titres que par témoins et

(1) V. Caen, 4 janvier 1840 (Charuel c. Hélie).
(2) V. M. Locré, t. XIII, p. 389, n° 34 *in fine*.

par commune renommée, la valeur du mobilier de la communauté (1).

Tout ce qu'on peut admettre, c'est que les juges doivent jouir d'une certaine latitude dans l'appréciation des circonstances. Ils pourraient, d'après l'appréciation des faits articulés, refuser la preuve par commune renommée comme toute autre preuve, touchant les biens ou effets appartenant à une communauté entre époux (2); ils pourraient, à plus forte raison, apprécier les forces d'une communauté d'après les divers documents mis sous leurs yeux plutôt que d'après les éléments résultant de la preuve par commune renommée (3). Mais, en thèse générale, et en dehors des circonstances exceptionnelles, le défaut d'inventaire par le survivant entraîne pour toutes les parties intéressées *majeures* et *mineures* le droit de prouver par titres, par témoins et par commune renommée, la valeur des biens et des effets communs.

763. Est-ce à dire que la situation soit en tout la même pour l'époux survivant qui a négligé de faire procéder à l'inventaire s'il existe des enfants mineurs au moment de la dissolution du mariage? Non assurément; dans ce cas particulier, la deuxième disposition de l'art. 1442 prononce en outre contre l'époux survivant la déchéance de l'usufruit établi en sa faveur par la loi sur les biens de ses enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. Mais, nous l'avons déjà dit, et il faut le rappeler ici, cette sanction, qui diffère si complètement de la précédente par son objet, en diffère également par son principe. C'est contre le conjoint commun en biens que la première est établie; celle-ci frappe le père ou la mère. Comme époux et pour garantir autant que cela se peut la loyauté d'un partage éventuel, le survivant a dû faire inventaire: comme investi de la puissance paternelle, et pour éviter entre ses biens personnels et ceux de ses enfants mineurs une confusion qui faciliterait les abus dans l'administration, le survivant doit également faire inventaire.

(1) V. Caen, 19 janvier 1832 (aff. Lemaître c. Beaussire).

(2) Il a été jugé spécialement que la preuve offerte par les héritiers du mari à l'effet d'établir que la veuve avait détourné à son profit des billets pour une certaine somme avait pu être écartée, nonobstant le défaut d'un inventaire, dès qu'il avait été reconnu en fait qu'aucun document ne donnait l'idée qu'il existât dans la succession du mari des billets pour cette somme. *Req. rej.*, 26 juin 1827 (Delabrosse c. Guillemet).

(3) *Req. rej.*, 26 janvier 1842 (aff. Poisle-Ducoury).

S'il manque à cette formalité, qu'il est tenu d'accomplir à un double titre, le survivant en est puni : comme époux d'abord, il doit subir les poursuites des parties intéressées qui, pour établir la consistance des biens meubles et des effets appartenant à la communauté, pourront user de tous les genres de preuve, même de la preuve par la commune renommée ; comme père ou comme mère, non-seulement ses enfants mineurs pourront user des mêmes moyens à l'effet de distinguer leurs biens personnels de ceux de leur auteur, mais encore ils reprendront de plein droit la jouissance légale de leurs biens, jouissance qui n'avait été attribuée à leur auteur que sous la charge expresse de faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles soumis à son droit. Voilà quelle est l'économie de l'art. 1442, qui, en ce dernier point, contient la sanction pénale des prescriptions faites au père ou à la mère usufruitier légal par les art. 385 et 600 combinés.

764. En partant de cette donnée, on le pressent aisément, nous n'hésitons pas sur le parti à prendre dans la question controversée de savoir si la deuxième disposition de l'art. 1442, quoique placée dans le chapitre de la communauté légale, peut être étendue et appliquée au cas où les époux étaient mariés sous le régime dotal. Dès que le survivant des époux est tenu de faire inventaire, par rapport à ses enfants mineurs, non pas en son titre d'époux mais en sa qualité d'usufruitier légal, il est saillant que la déchéance de l'usufruit encourue par l'inaccomplissement de cette formalité est tout à fait indépendante du régime d'association conjugale sous lequel le mariage du survivant avait été contracté. En effet, le droit de ce dernier à la jouissance des biens de ses enfants âgés de moins de dix-huit ans et non encore émancipés, ne dérive pas du contrat de mariage, il dérive de la puissance paternelle : partant il existe en principe, quel que soit le régime adopté lors du mariage de l'époux survivant avec l'époux prédécédé. Seulement le droit n'existe que sous une condition expresse : c'est qu'avant d'entrer en jouissance le père ou la mère survivant fera dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit, inventaire prescrit par l'art. 600, dont la disposition est commune à toute espèce d'usufruit, et s'applique par conséquent à l'usufruit légal établi par l'art. 384 aussi bien qu'à l'usufruit conventionnel. Mais de même que le droit à la jouissance est indépendant des stipulations du contrat de mariage du père ou de la mère auquel ce droit est accordé, de même aussi cette for-

malité de l'inventaire est prescrite par l'art 600, abstraction faite de ces mêmes stipulations; en sorte que lorsque l'art. 1442 vient ensuite et reproduit la prescription de cette formalité en en plaçant l'accomplissement sous la sanction d'une déchéance absolue du droit, on est invinciblement amené par la déduction logique des idées à reconnaître que la déchéance elle-même est absolument indépendante du régime d'association conjugale sous lequel s'était placé l'époux survivant qui l'a encourue.

En veut-on, d'ailleurs, une preuve nouvelle? Elle est dans la solidarité prononcée par l'art. 1442 *contre le subrogé tuteur* qui n'a point obligé le survivant à faire inventaire. Pourquoi la loi parlerait-elle du subrogé tuteur dans l'art. 1442, et ferait-elle peser sur lui aussi bien que sur l'époux survivant la responsabilité résultant du défaut d'inventaire, si la disposition de cet article ne devait pas s'étendre au delà du régime de la communauté? Est-ce que le subrogé tuteur peut être plus ou moins coupable et partant plus ou moins responsable de sa négligence, suivant que l'auteur des mineurs dont l'intérêt est commis à sa garde était marié en communauté ou sous tel autre régime d'association conjugale? Il serait assurément bien déraisonnable de le prétendre! Pourquoi donc le subrogé tuteur est-il solidairement tenu, d'après l'art. 1442, de toutes les condamnations prononcées en faveur des mineurs contre le survivant des époux lorsque celui-ci n'a pas fait dresser inventaire? Parce que le subrogé tuteur est spécialement institué pour veiller aux intérêts du mineur, pour agir même et prendre ces intérêts en main lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur (C. civ., article 420). Or, ces fonctions ne varient pas; elles sont toujours les mêmes, quelles que soient les conventions matrimoniales sous l'empire desquelles le père et la mère du mineur ont formé union. Et voilà pourquoi le subrogé tuteur partage avec l'époux survivant la responsabilité d'une faute ou d'une négligence dont il n'est pas moins coupable que ce dernier.

D'après cela, nous le croyons fermement, c'est méconnaître la pensée intime de l'art. 1442 que d'en restreindre la deuxième disposition au seul cas où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté. Quelque éminentes que soient les autorités que l'on peut invoquer à l'appui de ce système, nous ne pouvons qu'en repousser la pensée restrictive (1). Vainement on

(1) Cette doctrine est soutenue par MM. Proud'hon, *De l'usufruit*, t. I, nos 161 et 162; Bellot, t. II, p. 84; Duranton, t. III, no 390; Marcadé, sur

dit, dans ce système, que la disposition de l'art. 1442 consacre une peine, et que par leur nature même les peines ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Nous admettons la règle, mais nous en combattons l'application. Ainsi nous comprenons très-bien que l'on ne peut pas, sous prétexte de la déchéance prononcée par l'art. 1442, déclarer, comme l'a fait la cour de Bordeaux (1), qu'un usufruitier conventionnel est déchu de son droit aux fruits pour n'avoir pas fait inventaire avant son entrée en jouissance, parce que ce serait véritablement étendre une disposition pénale d'un cas à un autre. Mais appliquer la déchéance pour défaut d'inventaire à un usufruit légal, ce n'est en aucun cas étendre la pénalité, puisque la loi statue précisément en vue de l'usufruit légal.

Vainement encore on argumente de la place que l'art. 1442 occupe dans le titre du contrat de mariage pour en restreindre l'application au seul cas de communauté. On oublie qu'en matière de contrat de mariage, la communauté c'est le droit commun ; et que toute disposition qui, placée au chapitre de la communauté, est susceptible de se combiner avec les autres régimes d'association conjugale, peut, à l'occasion, être appliquée à ces autres régimes. Nous en avons rencontré, dans le courant de ce traité, des exemples assez fréquents : la disposition de l'article 1442 fournit un exemple de plus à ajouter aux autres.

Vainement enfin on dit que si la loi parle de la déchéance seulement au chapitre relatif à la communauté, c'est qu'elle n'avait à se préoccuper que de la communauté, les droits respectifs des enfants et du survivant des époux étant ordinairement indiqués d'une manière suffisante, par le contrat de mariage, dans les autres régimes d'association conjugale. En fait et en droit l'objection est évidemment mal fondée. Partout où les biens personnels des enfants avec les biens personnels de l'un des époux peuvent se mêler et être confondus après la dissolution du mariage par la mort d'un époux, il y a nécessité de faire un inventaire qui sépare les propriétés respectives. Il se peut que dans le système de la communauté cette nécessité soit plus impérieuse que dans aucun autre régime. Mais on ne peut pas dire

l'art. 387, n° 7 ; Zachariæ, t. III, p. 469, note 7 ; Taulier, t. V, p. 120-121 ; Odier, t. I, n° 366. Ajoutons que le seul précédent judiciaire que nous connaissions sur la question a consacré la solution restrictive contre laquelle nous nous élevons. V. Toulouse, 19 décembre 1839 (de Jarry c. Fraysse de Latour).

(1) V. Bordeaux, 18 janvier 1838 (aff. Pouyadoux).

assurément que cette nécessité existe seulement dans le régime de la communauté. Prenons le régime dotal et supposons le prédécès de la femme : il se peut qu'elle ne laisse que des reprises dotales fixées par son contrat de mariage ; mais ne se peut-il pas aussi qu'elle laisse en outre des biens paraphernaux qu'elle a apportés dans la maison de son mari? Dans cette dernière hypothèse, ces biens paraphernaux que les enfants recueillent dans la succession se confondront nécessairement avec les biens mobiliers du père survivant, et si un inventaire n'en opère pas la séparation, les enfants n'auront aucun moyen d'être protégés contre les abus volontaires ou non de leur père usufruitier légal. Supposons à l'inverse le prédécès du mari, tous les meubles, tous les effets de ce dernier sont confondus sous la main de la femme avec ses biens paraphernaux si elle en a ; et le danger n'est pas moins évident pour les enfants s'il n'est pas fait un inventaire qui sépare leur propriété et garantisse leurs droits.

Prenons maintenant les régimes exclusifs de communauté, et supposons la dissolution du mariage par la mort de l'un ou de l'autre époux. Lorsque les époux ont déclaré se marier sans communauté, le mari ayant l'administration des biens meubles et des immeubles, il est bien évident que toute la fortune se trouve confondue, dans la maison commune, au moment de la dissolution du mariage. Et lorsqu'ils se sont mariés sous le régime de la séparation de biens, la même situation peut se présenter si pendant la durée du mariage les époux, comme cela arrive ordinairement, se sont réunis pour faire des acquisitions mobilières ou immobilières.

Ainsi, sous quelque régime que le mariage ait été contracté, il y a des motifs puissants pour obliger le survivant des époux à faire inventaire : le même intérêt existe dans tous les cas pour les enfants ; et puisque cet intérêt a été la raison déterminante de la déchéance prononcée contre le survivant et de la solidarité établie contre le subrogé tuteur, il s'ensuit que cette déchéance et cette solidarité sont applicables sous tous les régimes d'association conjugale (1).

Ainsi fixés sur la pensée qui a inspiré la sanction pénale établie par la deuxième disposition de l'art. 1442, nous avons à indiquer tout ce qui se rattache aux conditions sous lesquelles

(1) Tel est aussi l'avis de MM. Delvincourt, t. I, p. 93 ; Toullier, t. XIII, n° 10; Battur, t. II, n° 620; Dalloz aîné, t. X, p. 227, n° 8; Glandaz, n° 290; Chardon, *Puiss. patern.*, n° 141.

cette sanction peut être évitée, et à l'étendue que comporte cette sanction dans les cas où elle n'a pas été évitée.

765. Bien qu'en principe la disposition complexe de l'article 1442 statue dans la supposition que deux inventaires seront faits, l'un destiné à clore l'actif et le passif de la communauté, et à servir de base au règlement des droits respectifs de l'époux survivant et des représentants quels qu'ils soient de l'époux prédécédé, l'autre destiné à séparer le patrimoine des mineurs âgés de moins de dix-huit ans et non encore émancipés du patrimoine de l'époux survivant, et à fixer la mesure dans laquelle doit être exercée la jouissance accordée à ce dernier, il arrive ordinairement dans la pratique qu'un seul inventaire est dressé. En effet, lorsque cet inventaire satisfait au double but que s'est proposé le législateur, il serait assez superflu d'exiger la confection d'inventaires distincts. Le vœu de la loi est accompli : le survivant des époux n'encourt aucune déchéance, et le subrogé tuteur aucune responsabilité. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'inventaire soit régulier. Voyons donc à quelles conditions cet acte si important doit satisfaire.

766. L'inventaire doit être dressé devant notaire (C. civ. 1456). Il en était ainsi, avant le Code, d'après un règlement du 6 avril 1632, fait pour Paris, et qui en outre ordonnait que l'inventaire serait écrit de la main du notaire ou de celle de son clerc, et non de celle de l'une ou de l'autre des parties. L'inventaire devait être revêtu de toutes les formes requises dans les actes devant notaires : ce qui avait été consacré par un arrêt du 12 février 1682 (1). Telle est encore la marche à suivre aujourd'hui.

767. D'après la coutume de Paris, l'inventaire devait être fait avec un légitime contradicteur. Tel était le texte de l'art. 240, dont la disposition avait été étendue aux coutumes muettes sur ce point. Le légitime contradicteur, dit Pothier, est le tuteur des mineurs, lorsqu'ils en ont un autre que le survivant ; et lorsque c'est le survivant qui est lui-même tuteur de ses enfants mineurs, il doit leur faire nommer par le juge un subrogé tuteur (2). Le conjoint survivant étant le tuteur légal des mineurs et de plus ayant, dans la plupart des cas, la jouissance des biens des mineurs, le contradicteur légitime est aujourd'hui le subrogé tuteur : c'est donc en la présence de ce dernier que l'inventaire

(1) V. Pothier, *De la comm.*, n° 794, et Renusson, *ibid.*, part. III, ch. II, n° 10.

(2) V. *loc. cit.*, n° 797.

doit être fait (C. civ. 451). Toutefois le subrogé tuteur n'est pas tenu d'assister en personne à l'inventaire; il peut s'y faire représenter par un mandataire. Nous considérons comme exagérée l'opinion de M. Proudhon (1), qui, sur l'autorité de Ferrière (2), conteste au subrogé tuteur le droit de déléguer ses pouvoirs. Évidemment le droit de déléguer existe partout où la loi ne l'a pas interdit; et puisque le tuteur lui-même a la faculté de se faire représenter à l'inventaire sous sa responsabilité personnelle, on ne voit pas pourquoi le subrogé tuteur ne pourrait pas le faire également.

768. Mais le subrogé tuteur doit assister par lui-même ou par son représentant à la confection de l'inventaire. Il ne suffit pas qu'il ait été présent au commencement de l'inventaire, il faut qu'il en suive toute les vacations. Il avait même été prescrit par un arrêt de règlement, sous l'ancienne jurisprudence, que le légitime contradicteur assisterait non-seulement à la confection de l'inventaire, mais encore à la clôture, acte distinct qui consistait à affirmer devant le juge que tout était compris dans les valeurs inventoriées. Mais il a été très-justement décidé que l'obligation imposée au subrogé tuteur d'assister à l'inventaire n'avait pas pu, même par un arrêt de règlement, être étendue jusque-là (3).

769. Ce serait peu que l'inventaire fût régulier dans ses formes extérieures, s'il s'y trouvait des omissions ou des infidélités. La fin que la coutume se propose, dit Pothier, en exigeant un inventaire, étant de constater la part qu'ont les mineurs dans les biens de la communauté, il est évident que le survivant ne remplit pas cette fin par un inventaire infidèle qui ne contient pas tous les effets qui sont à sa connaissance (4). D'après cela, Pothier pensait que l'inventaire infidèle n'était pas suffisant pour empêcher la continuation de la communauté. Nous croyons, dans l'état de la législation actuelle, qu'il ne suffirait pas pour écarter

(1) V. *De l'usufruit*, t. I, n° 65. M. Battur est d'avis que le subrogé tuteur peut se faire représenter, mais seulement en cas d'empêchement grave. V. t. II, n° 620.

(2) Sur l'art. 240 de la *Cout. de Paris*, glos. 2, n° 14.

(3) La cour de cassation a jugé que la clôture de l'inventaire était un acte à part régi par un autre article de la coutume (art. 241), article qui n'imposait à la validité de la clôture d'autre condition que d'être faite dans les trois mois de l'ouverture de l'inventaire. *Req. rej.*, 6 décembre 1841 (Gouet c. Transon).

(4) V. *De la communauté*, n° 793.

la déchéance prononcée par l'art. 1442. Toutefois, il faut admettre la réserve faite par Pothier. « Quoiqu'il y ait des omissions dans l'inventaire, dit-il, si elles ne sont pas malicieuses, les effets omis ayant pu échapper à la mémoire du survivant, l'inventaire ne laisse pas d'être valable, sauf à y ajouter par la suite ceux qui surviendraient à sa connaissance, car les lois n'entendent pas obliger à l'impossible. »

Dans tous les cas, l'inventaire une fois fait, est un titre pour les mineurs. Il crée en leur faveur une présomption qui, en cas de contestation sur l'existence des valeurs constatées, fait peser sur leur auteur la charge de la preuve. La cour de cassation a décidé en ce sens que la veuve tutrice légale de ses enfants mineurs doit rendre compte à ces derniers des créances actives de la communauté ayant existé entre elle et son défunt mari, qui se trouvent constatées par l'inventaire régulier dressé après la mort de celui-ci, à moins qu'elle ne prouve que ces créances ont été constatées par erreur, et qu'à défaut de cette preuve, elle doit être présumée avoir recouvré les créances, si par leur nature elles étaient d'un recouvrement à court intervalle et si la veuve ne justifie d'aucune démarche infructueuse (1).

770. Faute par le survivant des époux d'avoir fait procéder à l'inventaire exigé par la loi, la déchéance de l'usufruit légal est encourue. Mais à partir de quel moment la déchéance doit-elle être considérée comme acquise ? Cela revient à demander quel est le délai dans lequel il doit être procédé à l'inventaire, et si ce délai, quel qu'il soit, est un délai fatal ?

Sur le premier point, la coutume de Paris ne s'était pas expliquée, et les rédacteurs du Code ont gardé le même silence. Toutefois l'usage, sous l'ancien droit, avait suppléé au silence de la loi ; l'on avait admis que l'inventaire devait être commencé et parachevé dans le délai de trois mois, et l'on s'était fondé sur l'ordonnance de 1667, qui, dans un autre cas, avait accordé ce délai aux veuves pour faire inventaire (2). C'est également le délai de trois mois qui doit être accordé au survivant sous l'empire du Code civil ; cela ne semble pas contestable lorsque c'est la femme qui a survécu (art. 1456). Il n'y a aucun motif raisonnable pour exiger davantage du mari lorsque c'est lui qui survit.

Sur le second point, nous pensons que le délai de trois mois est un délai fatal, sauf néanmoins pour le survivant le droit de

(1) *Req. rej.*, 19 janvier 1841 (Demangeot c. Tabouret).
(2) V. Pothier, *De la communauté*, n° 795.

se pourvoir en justice à l'effet d'obtenir une prorogation de délai s'il y a lieu. Donc, faute par le survivant d'avoir obtenu cette prorogation de délai, l'expiration du délai opère la déchéance irrévocable de l'usufruit légal. M. Proudhon enseigne cependant que le survivant peut éviter la déchéance au moyen d'un inventaire fait après le délai (1), et la cour de Caen a jugé en ce sens qu'en admettant que l'inventaire doive, en général, être fait dans les trois mois à partir du jour du décès, il ne s'ensuit pas que le père survivant encoure la déchéance de l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs, pour avoir fait inventaire un peu plus de trois mois après le décès de son conjoint, si d'ailleurs la fidélité de l'inventaire est à l'abri de reproche (2). Mais nous considérons comme plus conforme à la loi l'application rigoureuse de la maxime *frustra impletur defecta semel conditio*. L'usufruit légal n'appartient à l'époux survivant qu'à la condition de faire un inventaire régulier dans les délais ; si cet époux a manqué d'accomplir cette condition, son droit est anéanti, il ne peut plus revivre. C'est l'opinion qui tend à prévaloir (3).

771. La déchéance résultant du défaut d'inventaire est une déchéance qui existe de plein droit et s'opère par le seul inaccomplissement de la formalité prescrite ; il n'est donc pas besoin d'une condamnation préalable : la loi le fait assez comprendre en disant que le défaut d'inventaire *fait perdre* à l'époux survivant la jouissance des revenus de ses enfants mineurs. L'époux survivant doit donc rendre compte comme un autre tuteur non-seulement des revenus, mais encore des intérêts de ces revenus, faute d'en avoir fait le placement.

772. Il est à peine nécessaire de dire que la déchéance s'applique exclusivement à l'usufruit légal et non à celui qui pourrait appartenir à l'époux survivant en vertu d'un autre titre. Mais si elle ne s'applique qu'à l'usufruit légal, elle l'atteint du moins tout entier. Ainsi, elle embrasse les revenus des biens qui appartiennent aux mineurs dans la communauté, les revenus de leurs biens personnels au moment de la dissolution du mariage,

(1) V. *De l'usufruit*, t. I, nos 170 et suiv. C'est aussi l'avis de M. Bellot, t. IV, p. 345.

(2) V. Caen, 18 août 1842 (Hubert c. Trolley).

(3) V. *Conf.* Douai, 15 novembre 1833 (aff. Ducorroy). V. aussi MM. Toullier, t. XIII, n° 17 ; Duranton, t. III, n° 389 ; Chardon, *Puiss. patern.*, n° 143 ; Battur, t. II, n° 771 ; Zachariæ, t. III, p. 467, note 2 ; Dalloz, t. X, p. 229, n° 14 ; Odier, t. I, n° 363.

et même les revenus de leurs biens à venir. Quelques auteurs ont prétendu, par rapport à ces derniers biens, que la déchéance ne doit pas les atteindre s'il est fait inventaire au fur et à mesure de l'acquisition. Mais la distinction rencontre dans la généralité des termes de la loi une insurmontable objection.

773. Enfin, le défaut d'inventaire a pour effet, nous l'avons dit, non-seulement d'opérer la déchéance de l'usufruit pour l'époux survivant, mais encore d'engager la responsabilité du subrogé tuteur. Ce dernier est solidairement tenu des condamnations prononcées en faveur des mineurs pour n'avoir pas obligé l'époux survivant à faire inventaire. Cette solidarité établie contre le subrogé tuteur est absolue; partant les juges ne pourraient pas, en prononçant une condamnation contre le tuteur et contre le subrogé tuteur négligents, en réduire l'importance quant à ce dernier (1).

Toutefois, le subrogé tuteur aurait son recours contre l'époux survivant pour toutes les condamnations principales : car l'obligation qui pèse sur lui est moins une obligation solidaire proprement dite qu'une simple responsabilité pour le tout.

Seulement, comme il est en faute pour n'avoir pas obligé le conjoint survivant à faire inventaire, il ne serait pas admis à réclamer les frais des condamnations prononcées.

§ 2. — De la dissolution provisoire ou définitive de la communauté par l'effet de l'absence.

Sommaire.

774. Dans la première période, l'absence de l'un des époux n'arrête pas le cours de la communauté.
775. Au contraire, dans la seconde période, la communauté peut être provisoirement dissoute.
776. Il en est ainsi si l'époux présent demande à exercer provisoirement ses reprises et ses droits légaux ou conventionnels.
777. En quoi consistent ces reprises.
778. L'époux présent est simplement détenteur des biens dont il a effectué la reprise; toutefois lorsque c'est le mari, ses pouvoirs sont plus étendus que ceux des envoyés en possession provisoire.
779. Mais il doit donner caution aussi bien que la femme pour les objets susceptibles de restitution.
780. La communauté provisoirement dissoute pendant la seconde période de l'absence, se dissout définitivement lorsque l'absence est parvenue à

(1) V. *Conf.* Metz, 24 janvier 1843 (Dureteste c. Lescouet).

sa troisième période. Il en est ainsi, alors même que l'époux présent aurait opté pour la continuation de la communauté.

781. Dans ce dernier cas, l'administration légale du conjoint présent finit encore par d'autres causes que l'envoi définitif.

782. Elle finit par la plupart des causes que l'art. 1441 énonce comme opérant la dissolution de la communauté.

783. Elle finit encore par l'effet unique de la volonté de l'époux présent : par exemple lorsqu'après avoir opté pour la continuation de la communauté, il rétracte son option.

784. Dans ces divers cas, les héritiers qui viennent partager avec l'époux présent prennent les biens personnels de l'absent et sa part dans la communauté telle qu'elle était au jour du décès prouvé ou à celui de la disparition.

785. *Quid* par rapport aux fruits perçus et aux revenus? Renvoi.

774. L'absence de l'un des époux, tant qu'elle est dans sa première période, c'est-à-dire à l'état d'absence présumée, n'exerce pas d'influence sur le sort de la communauté existante entre cet époux et son conjoint. La communauté continue, et sauf l'accomplissement des mesures conservatrices qui peuvent être commandées par la nécessité, la société conjugale subsiste telle qu'elle était avant la disparition de l'époux absent.

775. Mais lorsque l'absence est parvenue à sa deuxième période, la situation peut être complètement modifiée. Après la déclaration d'absence, le conjoint présent a l'option entre deux partis à prendre. Il peut, d'après l'art. 124, opter pour la continuation de la communauté, ce qui paralyse les effets ordinaires de la déclaration d'absence et maintient la communauté, sauf, par rapport à l'administration, les modifications qui ont fait l'objet du dernier paragraphe de la précédente section ; ou bien, s'il l'aime mieux, il peut demander la dissolution provisoire de la communauté, ce qui entraîne la liquidation provisoire de la communauté et laisse libre l'exercice provisoire des droits appartenant aux héritiers et autres ayants-droit de l'absent. L'absence déclarée de l'un des époux peut donc être, au gré de l'époux présent et suivant le choix qu'il lui convient de faire, une cause particulière de dissolution de la communauté. Nous avons à apprécier cette cause et à en examiner les effets.

776. Après avoir déterminé les effets de l'option par l'époux présent pour la continuation de la communauté, l'article 124 ajoute : « Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. » Ainsi, d'une part, l'époux présent

peut exercer ses reprises ; d'une autre part, il est astreint à donner caution. Sous l'un et l'autre rapport, l'art. 124 contient une application spéciale des principes généraux en matière d'absence : la communauté est provisoirement dissoute, de même que la succession de l'absent est provisoirement ouverte ; voilà pourquoi l'époux présent exerce, comme tous les autres intéressés, les droits qu'il exercerait en cas de décès prouvé : d'un autre côté tout est provisoire, car l'absent peut reparaître ou la preuve acquise de son décès peut en fixer la date à une autre époque que celle de la liquidation ; voilà pourquoi l'époux présent, comme tous les autres intéressés, est astreint à donner caution. Mais, sous l'un et sous l'autre rapport, la disposition de la loi donne lieu à des observations particulières.

777. L'époux présent, s'il demande la dissolution provisoire de la communauté, peut exercer ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels. Par conséquent, si c'est la femme qui est présente, elle a le droit de reprendre ses biens propres, mobiliers et immobiliers, ceux qui ont été acquis en remploi ou à défaut de remploi, le prix des propres aliénés ; elle reprend encore sa part dans la communauté si elle l'accepte et les indemnités qui lui sont dues ; le préciput si elle en a stipulé ou tous autres gains de survie ; l'apport dont elle a stipulé la reprise en cas de renonciation, si elle renonce en effet ; elle prend enfin les donations à elle faites par son conjoint, soit dans le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. La femme est ainsi constituée dépositaire de sa propre fortune ; et en cela le Code civil a mieux déduit les conséquences de la dissolution provisoire que l'ancienne jurisprudence d'après laquelle tous les biens de la femme devaient rester entre les mains des envoyés en possession pour être restitués au mari dont le retour avait pour effet de faire considérer la communauté comme n'ayant jamais été dissoute.

Lorsque c'est le mari qui est présent, son droit s'exerce dans la même mesure que celui de la femme, sauf en ce qui concerne la reprise d'apport en cas de renonciation, laquelle ne peut être stipulée que par la femme aux termes de l'art. 1514 (1), le mari n'ayant pas la faculté de renoncer à la communauté.

778. L'époux présent qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté est simplement détenteur des biens dont il a effectué la reprise, et sous ce rapport, sa position est sem-

(1) V. sur cette stipulation particulière notre t. II, nos 236 et suiv.

blable à celle des envoyés en possession provisoire relativement aux biens de l'absent. Toutefois, la similitude n'est parfaite qu'à l'égard de la femme : celle-ci, en effet, n'a d'autres pouvoirs sur les biens dont elle a effectué la reprise que les pouvoirs accordés aux envoyés en possession provisoire; ainsi elle a le droit d'administrer et non celui d'aliéner. Mais le mari, lorsque c'est lui qui est présent, a des pouvoirs beaucoup plus étendus. Il n'y a pas de motif pour lui refuser, sur ses biens personnels et sur sa part dans la communauté, les droits qu'il aurait pu exercer sur les biens de la communauté tout entière, s'il avait opté pour la continuation (1). Il a donc le pouvoir d'aliéner, pouvoir absolu vis-à-vis des tiers en ce que ceux-ci seront irrévocablement saisis, mais limité vis-à-vis des héritiers de la femme, en ce que l'époux présent pourra être obligé de leur tenir compte des aliénations consenties depuis la dissolution réelle de la communauté par la mort de la femme.

779. Par une conséquence toute naturelle du principe que l'époux présent n'est, dans le cas supposé, qu'en possession provisoire des biens dont il a exercé la reprise, la loi impose à cet époux l'obligation de fournir caution, comme elle l'a fait à l'égard des héritiers et des divers autres intéressés. Toutefois, le législateur a fait entre l'époux commun et les héritiers ou les autres intéressés, une différence notable. Tandis que les héritiers et les divers intéressés sont tenus, aux termes des art. 120 et 123, de *fournir caution* sans aucune restriction, l'époux commun qui a demandé la dissolution provisoire ne doit caution, d'après l'art. 124, que pour *les choses susceptibles de restitution*. D'où la question de savoir dans quelle mesure la caution doit être fournie par l'époux présent qui a exercé provisoirement ses reprises et tous ses droits légaux ou conventionnels. Selon M. Marcadé (2), la caution serait due pour tout, parce que, dit-il, sauf dans un cas, celui où il s'agit des propres de l'époux présent, la restitution sera possible pour toutes les choses prises, soit par le mari, soit par la femme. Nous ne croyons pas que l'on doive aller jusque-là. La garantie de la caution est due dans tous les cas où le règlement provisoire est susceptible de compromettre un droit éventuel quelconque. Cela posé, il est clair que la caution n'est pas due, comme M. Marcadé l'enseigne lui-même, à l'égard des biens personnels de l'époux présent, si la commu-

(1) V. *suprà*, n° 745.
(2) V. sur l'art. 124, n° 19.

nauté n'en avait ni la propriété, ni la jouissance, par exemple à l'égard de tel ou tel immeuble dont la femme se serait réservé l'administration et la jouissance. Mais, en outre, nous pensons contre M. Marcadé, que le mari ne peut jamais être obligé à fournir caution à l'égard de ses biens personnels. Dans tous les cas, le mari a un droit de disposition absolu sur ces biens. Il peut en aliéner la propriété même à titre gratuit. A plus forte raison il peut disposer des revenus, dont il ne doit compte ni à la femme, ni à ses représentants : et il le peut soit que ces revenus aient été perçus dans l'intervalle des dernières nouvelles à l'époque du décès prouvé de la femme, parce que la communauté ayant réellement duré pendant cet intervalle, le mari comme chef de la société conjugale a eu la plus libre disposition des revenus; soit qu'ils aient été perçus depuis le décès prouvé de la femme jusqu'au nouveau partage, parce que la communauté ayant été dissoute pendant cet intervalle, les revenus dont il a disposé étaient sa propriété exclusive (1).

En définitive donc, selon nous, la garantie de la caution doit être appliquée, par rapport à la femme présente, à sa part dans la communauté, si elle accepte, ou si elle renonce aux apports dont elle aurait stipulé la reprise, et dans tous les cas, aux biens personnels dont la communauté avait la jouissance. Car la femme serait obligée de faire la restitution de ces divers objets à la communauté si le mari revenait, et d'un autre côté elle pourrait être tenue à faire des restitutions aux héritiers du mari, si la preuve acquise du décès de ce dernier en fixait la date à une autre époque que celle des dernières nouvelles. Par rapport au mari présent, la garantie de la caution doit être appliquée à sa part dans la communauté, ce qui est cependant contredit par quelques auteurs (2). Mais, dit très-bien M. Marcadé, la restitution de cette part peut être exigée du mari, sinon dans le cas de retour de la femme, hypothèse dans laquelle la communauté ayant continué, le mari aurait pu la dissiper, du moins dans le cas où la femme absente mourrait et où, dans l'intervalle entre la dissolution provisoire et la dissolution réelle, la portion provisoirement attribuée aux héritiers présomptifs de la femme se trouverait diminuée par cas fortuit (3). Enfin, par rapport aux deux

(1) V. M. Valette, dans ses notes sur Proudhon, t. I, p. 322, note *a*. V. aussi M. Demolombe, t. II, n° 301.

(2) V. MM. Proudhon, t. I, p. 323; Duranton, t. I, n° 470; Demolombe, t. II, n° 300.

(3) V. M. Marcadé, *loc. cit.*, *Adde* M. Valette sur Proudhon, p. 323, note *a*.

époux, la garantie de la caution doit être appliquée au préciput et aux autres gains de survie exercés par l'époux présent soit sur la part de l'absent dans la communauté, soit sur ses biens personnels, car le préciput et le gain de survie seraient susceptibles de restitution, s'il était prouvé plus tard que l'absent a survécu à l'époux présent.

780. La communauté provisoirement dissoute, en cas d'absence, lorsque le conjoint présent a opté pour le second parti que lui offrait l'art. 124, se dissout définitivement par l'effet de l'absence, lorsque cette absence est parvenue à sa troisième période, c'est-à-dire lorsque l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent. Il n'y a plus alors aucun obstacle à l'envoi en possession définitive des héritiers présomptifs de l'absent; les conventions matrimoniales, quelles qu'elles soient, ne peuvent pas l'empêcher; et même l'époux présent eût-il opté pour la continuation provisoire de la communauté, son administration légale ne changerait rien à la situation, car dès que l'absence, parvenue à cette période, produit la dissolution définitive de la communauté, elle doit par cela même mettre un terme à l'administration légale du conjoint présent, administration qui n'est elle-même qu'une communauté continuée.

781. Au surplus, l'envoi définitif n'est pas la seule cause qui mette un terme à l'administration légale du conjoint présent qui a opté pour la continuation de la communauté : il en est d'autres encore qu'il faut signaler ici pour compléter les notions relatives à cette matière délicate.

Nous signalerons comme ayant un caractère différent de tous les autres, le retour de l'absent ou la preuve acquise de son existence. Alors l'administration provisoire tombe et disparaît, mais la communauté n'est pas dissoute; au contraire elle n'a pas eu réellement de point d'arrêt. L'administration provisoire ne cesse donc que pour faire place à l'administration ordinaire : le mari conserve ou reprend, selon qu'il était présent ou absent, le gouvernement et la gestion des affaires communes, comme chef réel de la communauté; tout se passe conformément aux règles ordinaires de l'administration. Nous renvoyons à ce que nous avons dit sur ce point, pour nous occuper plus particulièrement des causes qui font cesser réellement l'administration provisoire de l'époux présent et laissent libre carrière aux droits des héritiers de l'absent.

782. Ces causes sont naturellement celles que l'art. 1441 range parmi les causes ordinaires de dissolution de la communauté, en tant que ces causes sont susceptibles d'être appliquées, eu égard à la situation. Il est évident, par exemple, que l'on en doit de prime-abord écarter la séparation de corps. La communauté continuée cesse donc par la mort naturelle ou civile soit de l'époux absent, si elle est prouvée, soit de l'époux présent : cela ne souffre aucune difficulté.

Mais peut-on la faire cesser aussi par la séparation de biens? M. Demolombe se prononce pour l'affirmative (1), et cette solution nous paraîtrait contestable en présence de l'art. 1446, d'après lequel le droit de demander la séparation de biens est personnel à la femme. Mais M. Demolombe exprime aussitôt qu'il ne s'agit pas ici d'une séparation de biens véritable et proprement dite, mais de l'application d'une règle générale de droit dont la séparation de biens elle-même n'est qu'une conséquence; et cette règle, c'est que quiconque ne remplit pas les conditions sous lesquelles un droit lui est concédé, peut en général être déchu de ce droit (art. 618, 1184, 1612, 1654, etc.). Or, l'époux présent n'a évidemment le droit de continuer la communauté que sous la condition d'y apporter de la bonne foi et de ne pas mettre en péril les intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent; donc il peut en être déchu s'il viole ces conditions. A ce point de vue, la solution nous semble fort équitable : c'est une déchéance qu'elle établit, et voilà pourquoi nous pensons, avec le même auteur, qu'elle peut être prononcée non-seulement contre le mari en cas d'absence de la femme, mais encore contre la femme en cas d'absence du mari, quoi qu'en principe la séparation de biens ne puisse pas être demandée contre la femme.

Toutefois, nous devons ajouter que tout autre moyen qui assurerait aux droits éventuels des héritiers présomptifs et autres intéressés une protection suffisante, devrait être préféré au moyen extrême dont nous venons de parler. L'art. 1180, qui permet au créancier d'exercer avant que la condition soit accomplie tous les actes conservatoires de son droit, pourrait être utilement invoqué. Les juges apprécieraient la situation dans leur sagesse; ils devraient user de tous les moyens en leur pouvoir pour garantir les droits de tous, et ne recourir à la déchéance

(1) T. II, n° 292. V. aussi M. Dalloz, *Rép.*, nouv. édit., v° *Absence*, n° 410.

que comme à une dernière ressource, à défaut de toute autre.

783. Enfin, l'administration provisoire du conjoint présent peut finir par l'effet unique de sa volonté : c'est lorsqu'après avoir opté pour la continuation provisoire de la communauté, l'époux présent rétracte son option et demande la dissolution provisoire de la communauté. Le droit accordé par l'art. 124 à l'époux commun en biens d'opter pour la continuation de la communauté, est manifestement un privilége introduit en faveur de cet époux et dont il peut user ou ne pas user, suivant qu'il le juge à propos. Il est par cela même évident qu'il peut s'en départir après l'avoir exercé.

Lorsque cette renonciation a lieu, la déclaration d'absence produit les effets ordinaires que l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté avait momentanément suspendus. La communauté est provisoirement dissoute ; en conséquence, les héritiers présomptifs de l'absent sont envoyés en possession provisoire de ses biens ; l'époux présent exerce ses reprises et tous ses droits légaux ou conventionnels : tout, en un mot, se passe comme si cet époux avait opté dès l'abord pour la dissolution provisoire de la communauté.

784. Dans tous les cas où les héritiers présomptifs de l'absent viennent, par une des causes indiquées, partager la communauté avec l'époux présent dont l'administration légale a pris fin ou avec ses héritiers, ils prennent les biens propres de l'absent avec sa part dans la communauté ; mais le partage doit être fait selon ce qu'était la communauté soit au jour du décès de l'absent, s'il est prouvé, soit au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles. Lorsque le décès n'est pas prouvé, la présomption de mort remonte rétroactivement, pour le règlement de tous les intérêts, au jour de la disparition ou des dernières nouvelles (C. civ., art. 120, 123, 129). Il n'y a aucun motif pour suivre d'autres règles relativement au partage de la communauté. D'après cela, l'époux présent aura seul droit aux acquêts faits soit depuis le décès prouvé, soit depuis la disparition ou les dernières nouvelles, si la preuve du décès n'est pas rapportée ; seul aussi cet époux aura droit à ce qui lui sera échu, depuis la même époque, par succession, donation ou autrement.

785. En outre, le conjoint présent, en rendant aux héritiers de l'absent la part de ce dernier dans la communauté et ses biens personnels, retient pour lui, dans la proportion fixée par l'art. 127, les fruits et les revenus de ces biens. Mais c'est un point sur le-

quel nous nous sommes déjà expliqués. Nous renvoyons le lecteur à nos précédentes observations (1).

SECTION IV.

DÉTERMINATION DES DROITS DES ÉPOUX APRÈS LA DISSOLUTION.

Sommaire.

786. Après la dissolution de la société conjugale, la femme ou les héritiers ont la faculté d'accepter ou de répudier la communauté.—Art. 1453.
787. Cette faculté est d'ordre public.
788. Suite.
789. La détermination des droits des époux dépend du parti pris par la femme ou par ses ayants droit. Néanmoins, certains droits appartiennent à la femme, soit qu'elle répudie, soit qu'elle accepte la communauté.
790. Dans l'un et l'autre cas la femme a droit à la nourriture et au logement pendant un délai déterminé. — Art. 1465.
791. La loi ne fixe pas la mesure de cet avantage. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation.
792. Motifs pour lesquels c'est à la veuve seulement que le droit est accordé.
793. Le droit accordé à la femme s'étend à ses domestiques. — *Quid* des enfants?
794. Le droit doit atteindre toujours la limite fixée par la loi et ne la dépasser jamais.
795. De la faculté accordée à la femme de recourir à des emprunts pour l'exercice de son droit.
796. Indépendamment du droit à la nourriture et au logement pendant le délai légal, la femme, soit qu'elle accepte soit qu'elle répudie la communauté, a droit aux habits de deuil pendant l'année de viduité. — Art. 1481.
797. Transition aux règles particulières soit à l'acceptation de la communauté, soit à la renonciation. — Division de la section.

786. La communauté conjugale établit une société de biens entre les époux. Il semble donc que la société une fois dissoute, il n'y a plus qu'à faire deux parts du fonds commun, à en attribuer une à chacun des associés et à mettre à la charge de chacun d'eux personnellement une part égale des dettes. Mais sous une apparente équité, une telle détermination des droits respectifs des époux eût consacré la plus grave injustice. On a vu, en effet, sous quelle impulsion à peu près souveraine se meut la société conjugale pendant sa durée; on a vu que, chef suprême de l'administration, le mari peut grever le fonds commun et même en

(1) V. *suprà*, n° 376.

absorber complétement la substance. Dans une telle situation, la loi se fût certainement montrée partiale si, au lieu de consacrer en principe la division dont nous parlions tout à l'heure, elle n'avait accordé à la femme ou à ses ayants-droit une certaine faveur en leur donnant des moyens susceptibles sinon de les garantir d'une manière absolue des pertes que peut avoir occasionnées une mauvaise administration du mari, du moins de limiter ces pertes. La loi défère donc à la femme ou à ses ayants-droit l'option entre deux partis à prendre : ils peuvent accepter la communauté, et par là s'associer à ses charges, ou renoncer à la communauté et s'affranchir par là de toute contribution aux dettes communes (C. civ., art. 1453). « Ce droit d'option, a dit M. Duveyrier dans son rapport au tribunat (1), n'est point de justice libérale, mais d'équité rigoureuse. On ne concevra jamais comment il serait juste que la femme soumise à la puissance maritale, privée de toute autorité et de toute influence dans la gestion communale, fût écrasée sous le poids d'opérations désastreuses qu'elle ne pouvait ni empêcher, ni conduire, ni réparer. Ce droit d'option, quoi qu'on en dise, ne blesse ni l'intérêt légitime du mari ni celui de ses héritiers. S'il y a des enfants, c'est pour conserver tout à des enfants communs que la mère renonce; s'il n'y a pas d'enfants, quels droits le mari ou ses héritiers peuvent-ils prétendre sur les biens d'une famille étrangère?... »

787. Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants-droit ont donc, aux termes de l'art. 1453, la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Cette faculté est d'ordre public, car le même article ajoute que toute convention contraire est nulle. Ainsi, la femme peut accepter la communauté, bien qu'elle se soit obligée à y renoncer; elle peut y renoncer, bien qu'elle se soit engagée à l'accepter. Il importerait peu que l'engagement par elle pris à cet égard fût constaté par le contrat de mariage, si tant est qu'aucun notaire voulût jamais consentir à mentionner un tel engagement dans un contrat de mariage. La femme n'en resterait pas moins libre dans son choix : la convention tomberait sous la disposition de l'art. 1388, qui défend de déroger à aucune des dispositions prohibitives du Code, et par conséquent à l'art. 1453, qui renferme une disposition prohibitive au plus haut degré. A plus forte raison l'engagement serait-il sans efficacité s'il avait été pris par la femme

(1) V. M. Locré, t. XIII, p. 362, n° 36.

pendant la durée de la société conjugale ; sans cela, le mari pourrait abuser de son influence pour se procurer, au moyen d'une renonciation convenue d'avance, des avantages prohibés par la loi, ou pour compromettre la fortune de sa femme en lui faisant accepter par avance une communauté onéreuse.

788. Ces principes sont applicables aux héritiers ou ayants-cause de la femme comme à la femme elle-même. Ainsi, l'on devrait déclarer nulle toute stipulation par laquelle les héritiers se seraient obligés, avant la dissolution de la communauté, à l'accepter ou à y renoncer. Prohibée par l'art. 1453, cette stipulation tomberait en outre sous la prohibition de l'art. 791 du Code civil, car une telle convention ne pourrait au fond être considérée que comme un traité sur une succession non ouverte.

789. La faculté d'accepter ou de renoncer doit donc rester entière pour la femme ou pour ses héritiers, jusqu'après la dissolution de la communauté. La détermination des droits respectifs des époux est ensuite subordonnée au choix que la femme ou les héritiers feront entre les deux partis qui leur sont offerts par la loi. Si la femme accepte, la communauté est partagée entre les deux époux ; au contraire, si elle renonce, elle devient étrangère aux bénéfices de la communauté, qui désormais appartiennent au mari ou à ses héritiers. Les deux situations comportent l'une et l'autre des développements et des détails assez compliqués : elles feront l'objet de deux paragraphes distincts.

Mais avant de traiter séparément de l'acceptation et de la renonciation de la femme, nous avons à exposer quelques règles, à signaler certains droits qui appartiennent à la veuve commune, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce. A la *veuve*, disons-nous : c'est indiquer que les droits dont nous allons nous occuper n'ont l'occasion de se produire que dans le cas où la communauté est dissoute par le prédécès du mari. Le mari n'y a pas droit lorsque c'est lui qui survit, et la femme elle-même n'y saurait prétendre lorsque la dissolution de la communauté a lieu par la séparation de corps et de biens.

790. Aux termes de l'art. 1465 : « La veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et à défaut, par emprunt, au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément.

» Elle ne doit aucun loyer en raison de l'habitation qu'elle a pu faire pendant ce délai dans une maison dépendante de la

communauté ou appartenant aux héritiers du mari ; et si la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais, au payement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse. »

Ainsi, la veuve commune a droit pendant un certain temps après la dissolution de la communauté à la nourriture et à l'habitation. Ces avantages lui ont été accordés parce qu'il eût été par trop dur dans les premiers temps du veuvage, lorsqu'elle est encore sous l'empire d'une vive douleur, de la contraindre à pourvoir elle-même à sa nourriture et à son logement. D'ailleurs la veuve est tenue de donner des soins aux biens communs : c'est un titre de plus au dédommagement que lui accorde la loi.

791. La loi ne fixe point la mesure des avantages qu'elle établit en faveur de la femme ; elle lui dit seulement d'en user modérément, et par là elle défère aux juges un pouvoir souverain d'appréciation. Il est de jurisprudence que l'art. 1465 doit être entendu en ce sens que les dépenses de la veuve seront réglées selon son état et sa condition et eu égard à la valeur de l'actif de la communauté, sans que ces dépenses doivent être restreintes au strict nécessaire de la veuve ; et que du reste l'appréciation des faits qui peuvent constituer l'exécution de l'art. 1465, est entièrement abandonnée aux juges du fonds, et ne peut donner ouverture à cassation (1).

792. C'est à la veuve seulement qu'est attribué le droit à la nourriture et à l'habitation : cela se comprend à merveille. Seule, la femme a l'option entre l'acceptation et la répudiation de la communauté. Si le législateur ne lui eût pas donné le droit de prendre sa nourriture et son logement sur les biens de la masse, la veuve eût été obligée de déserter le domicile conjugal immédiatement après la mort du mari, sous peine d'être réputée acceptante. Car, en prenant sa nourriture et son logement elle eût agi de manière à s'interdire toute renonciation ultérieure, puisqu'elle aurait disposé des choses appartenant à la communauté. Au contraire, le mari, nous le verrons tout à l'heure, n'a pas le droit de renoncer à la communauté ; il était donc inutile de lui accorder le même privilége, en cas de survie, puisqu'en prenant sa nourriture et son logement sur les biens communs, il use

(1) V. *Req. rej.*, 7 novembre 1827 (aff. Razout), et 10 janvier 1837 (aff. de Bussy).

d'une chose qui lui appartient nécessairement pour partie et peut-être en totalité.

793. Le droit attribué à la femme s'étend à ses domestiques. Le législateur ne parle pas des enfants, la raison en est simple : c'est que les enfants représentent le mari et que la succession de celui-ci leur est déférée. Si les enfants sont nés d'un précédent mariage, ils n'ont aucun droit au privilége établi par la loi ; c'est leur père ou leur mère qui doit faire les frais de leur nourriture et de leur logement, à moins toutefois que pendant la durée de la société conjugale, les enfants aient été entretenus aux frais de la communauté, cas dans lequel nous serions disposés à admettre, avec M. Cubain (1), que la communauté doit continuer pendant le délai légal le bon office qu'elle avait commencé.

794. La loi a limité la durée du droit attribué à la veuve : ce droit peut être exercé, dit l'art. 1465, pendant les trois mois et les quarante jours accordés à la femme pour faire inventaire et délibérer. D'après cela, nous pensons que le droit réservé à la femme doit atteindre toujours cette limite et ne la dépasser jamais. Ainsi, le privilége subsiste pendant tout le délai légal, encore que la femme ait pris qualité avant l'expiration de ce délai, et réciproquement il ne se prolonge pas en cas de prorogation des délais pour faire inventaire et délibérer. Mais, en ce dernier point surtout, notre solution a été contestée. M. Duranton, notamment (2), soutient que la prolongation du bénéfice accordé à la femme « doit souffrir d'autant moins de difficulté qu'elle ne peut être accordée que contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés, et que par conséquent si elle n'est pas nécessaire le juge ne l'accordera pas. En faisant l'inventaire, ajoute M. Duranton, et en administrant la chose commune, la femme agit dans l'intérêt de tous, et c'est là le principal motif qui lui a fait accorder la légère faveur dont il s'agit. » Ces considérations ne nous semblent pas décisives. Ce n'est pas seulement pendant le délai nécessaire pour faire inventaire et délibérer que la femme administre la chose commune ; cette gestion se prolonge, on le verra bientôt, jusqu'au partage de la communauté : et cependant la faveur dont il s'agit ici ne saurait durer jusque-là. Qu'importe, d'ailleurs, que la prorogation des

(1) V. *Droit des femmes*, n° 275.

(2) V. t. XIV, n° 166. *Adde* dans ce sens, MM. Bellot, t. III, p. 358 ; Zachariæ, t. III, p. 494, note 32 ; Odier, t. I, n° 479.

délais pour faire inventaire et délibérer ne soit accordée que contradictoirement avec les héritiers? Ce qu'il faut rechercher avant tout, ce sont les causes qui nécessitent cette prorogation : et si c'est par la faute de la femme que l'inventaire n'a pas eu lieu, rendra-t-on la communauté responsable d'une négligence à laquelle la femme seule a pris part?... En définitive, lorsque le législateur a limité la durée d'un droit à un temps déterminé, en étendre la limite fixée ou la restreindre, c'est tomber dans l'arbitraire (1).

795. C'est sur les provisions existantes que la femme doit prendre sa nourriture. S'il n'en existe pas, elle est autorisée à emprunter au compte de la masse commune. L'art. 1465 semble avoir distingué ici entre la nourriture et le logement. Il permet de recourir à des emprunts pour la nourriture, et ne dit rien de semblable pour le logement. Néanmoins, il est incontestable que si la maison occupée par les époux était tenue à titre d'usufruit par le mari, ou si étant tenue à bail, ce bail était expiré, la femme obligée de changer de logement n'en aurait pas moins le droit de prendre le prix de son habitation nouvelle sur la masse commune et au besoin de recourir à des emprunts.

Que si la maison appartenait à la femme elle-même, celle-ci ne pourrait réclamer aucune indemnité ; il suffirait qu'il lui en fût alloué une pour loger, jusqu'au partage, les effets de la communauté (2).

796. Indépendamment du droit à la nourriture et au logement pendant le délai légal, la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, a droit aux habits de deuil pendant l'année de viduité. L'art. 1481 dit, en effet : « Le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari prédécédé. — La valeur de ce deuil est réglée selon la fortune du mari.—Il est dû même à la femme qui renonce à la communauté. » Notons à cet égard que les frais sont dus par les héritiers du mari même à la femme séparée de corps; l'art. 1481 ne fait aucune distinction (3). Ils sont dus lors même que la veuve a été, par maladie ou par une autre cause, dans l'impossibilité de prendre le deuil pendant l'année de viduité, et ils comprennent le deuil des domestiques de la veuve aussi bien que celui de la veuve elle-même (4).

(1) V. en ce sens MM. Malevelle sur l'art. 1465 ; Delvincourt, *ibid.* ; Battur, t. II, p. 686; Dalloz, t. X, p. 259, n° 30.

(2) V. M. Duranton, t. XIV, n° 468.

(3) V. M. Toullier, t. XIII, n° 266.

(4) V. Paris, 27 mai 1837 (aff. Hédembaig).

Les héritiers du mari doivent payer à sa femme le deuil auquel elle a droit, en argent et non pas en nature ; et ces frais étant compris dans les frais funéraires de la succession du mari, jouissent par conséquent du privilége attaché à ces frais (1). C'est là néanmoins un point fort controversé entre les auteurs.

Au surplus, l'art. 1570 consacre un droit semblable en faveur de la veuve qui était mariée sous le régime dotal. Nous reviendrons dès lors sur ce point en expliquant cet article (2).

797. Telles sont les règles communes à l'acceptation et à la renonciation. Il est temps d'aborder les règles particulières à l'une et à l'autre : c'est ce que nous ferons dans deux paragraphes distincts dont l'un aura pour objet l'acceptation de la communauté et ses suites, et dont l'autre traitera de la renonciation à la communauté et de ses suites.

§ 1er. — De l'acceptation de la communauté et des suites de l'acceptation.

798. Division.

798. L'acceptation de la communauté est soumise à certaines conditions et elle donne lieu au partage des biens communs entre les époux. De là deux articles dans lesquels nous exposerons distinctement : 1° les conditions de l'acceptation ; 2° les suites de l'acceptation, et spécialement le partage des biens communs.

ART. 1er. — *De l'acceptation de la communauté et des conditions y relatives.*

Sommaire.

799. Aperçu général et division.
800. *Qui peut accepter la communauté.* — L'acceptation est une obligation pour le mari ou pour ses héritiers ; c'est une faculté pour la femme.
801. De la femme mineure.
802. De la femme judiciairement séparée. — Renvoi.
803. Des héritiers de la femme.
804. *Délais de l'acceptation.* — La communauté ne peut être acceptée qu'après la dissolution, sauf dans le cas de dissolution par la séparation.
805. Suite.
806. Suite.
807. *Formes de l'acceptation.* — Elle est expresse ou tacite.

(1) V. Caen, 15 juillet 1836 (aff. Forfait-Bellecour).
(2) V. notre t. II, nos 660 et 661.

808. Cela s'applique à tous les cas de dissolution, même à la dissolution par un jugement de séparation.
809. Qu'est-ce qui constitue l'acceptation expresse et l'acceptation tacite.
810. Suite.
811. Suite.
812. Suite.
813. De l'acceptation tacite résultant du recel. — Renvoi.
814. Les règles sur la forme de l'acceptation sont communes à l'acceptation de la femme et à celle des héritiers.
815. *Effets de l'acceptation.* — L'acceptation a un effet irrévocable.
816. Exception au principe de l'irrévocabilité.
817. L'acceptation a encore pour effet d'investir la femme rétroactivement de la moitié des biens communs et de la charger de la moitié des dettes. — Limitation du principe.
818. Enfin l'acceptation a pour effet, dans le cas de dissolution par le prédécès du mari, de conférer à la femme l'administration jusqu'au partage. — Limitation de la règle.
819. *Du droit d'enregistrement.* — Comme l'acceptation ne transmet rien, elle ne rend exigible, en général, qu'un simple droit fixe.
820. Suite.
821. Suite.

799. Après la dissolution de la communauté, par quelque cause que la dissolution survienne, la femme et à défaut ses héritiers ou ayants-cause sont ordinairement libres de se porter acceptants. C'est là un principe absolu plus qu'il ne le fut sous l'empire des anciens principes. En effet, on admettait autrefois que lorsqu'une femme, sur la plainte du mari, avait été déclarée convaincue d'adultère, elle était déchue de son droit à la communauté, dont les biens demeuraient en ce cas au mari *jure non decrescendi*. Bien plus, on pensait que la femme pouvait être déclarée déchue de son droit de communauté, lorsqu'après plusieurs sommations de son mari elle avait refusé de réintégrer le domicile conjugal par elle abandonné. Seulement, dans ce dernier cas, la peine dépendait des circonstances : le juge pouvait la mitiger en limitant la déchéance aux seules acquisitions faites depuis que la femme avait quitté la maison commune (1). Il n'en est pas ainsi aujourd'hui. L'adultère de la femme ne la priverait pas de son droit à la communauté ; il n'aurait pas, par conséquent, pour effet de lui enlever la faculté de se porter acceptante. C'est ce changement, sans aucun doute, que M. Berlier avait en vue lorsqu'il disait, dans son exposé des motifs (2) : « Je viens

(1) V. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 527, et *De la communauté*, n° 531
(2) V. M. Locré, t. XIII, p. 286, n. 22.

de nommer le *divorce*, et ceci appelle quelques explications ; car il résulte de ce qui vient d'être dit que le divorce (1) ne sera point un obstacle au partage des bénéfices que la communauté pourra offrir, *lors même que le divorce aura été obtenu contre la femme*. Le motif de cette disposition est qu'il ne s'agit point d'une libéralité que la femme recueille, comme dans le cas de l'art. 229, mais d'un droit qu'elle exerce et qui ne fait que représenter la mise qu'elle a faite de son mobilier, des fruits de ses immeubles et de son travail dans la masse commune : tout cela pourrait-il être perdu pour elle-même sans entrer en compte? » A plus forte raison appliquerons-nous la mêmes olution au cas de refus par la femme de réintégrer le domicile conjugal. Si répréhensible qu'elle soit, la conduite de la femme ne doit pas lui attirer une peine que la loi ne prononce pas ; lorsque la jurisprudence va jusqu'à accorder au mari le droit d'employer le ministère d'un huissier et même la main militaire pour faire rentrer sa femme au domicile conjugal (2), il nous semble que c'est assez pour qu'on n'aille pas encore frapper la femme d'une déchéance qui, venant après la dissolution du mariage, n'aurait même pas le caractère d'une mesure de coërcition.

Toutefois, si l'on doit repousser aujourd'hui la pensée d'une déchéance absolue attachée à la faculté d'accepter accordée à la femme, ce n'est pas à dire qu'il faille rejeter toute convention ayant pour objet de limiter cette faculté dans son exercice. Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence, on admettait qu'il pouvait être convenu par le contrat de mariage que les héritiers de la femme ne pourraient prétendre pour tout droit de communauté qu'une certaine somme. En ce cas, d'après Pothier, la dissolution de la communauté étant arrivée par le prédécès de la femme, les héritiers n'avaient pas le choix d'accepter ou de renoncer ; ils ne pouvaient demander que la somme portée au contrat. Les art. 1514, 1522, 1524, 1525, dont les dispositions sont expliquées dans la deuxième partie de ce chapitre (3), ont autorisé des conventions

(1) Ni par conséquent la séparation de corps, dont les causes sont les mêmes, sauf le consentement mutuel, que celles du divorce.

(2) Malgré l'appui qui a été récemment donné à cette jurisprudence par un savant interprète du Code, M. le conseiller Troplong, *De la contrainte par corps*, nos 238 et 543, nous considérons cette jurisprudence comme très peu en harmonie avec nos mœurs.

(3) V. notre Commentaire sur la communauté conventionnelle, t. II, nos 236 et suiv., 314 et suiv.

semblables ou analogues qui modifient les effets de l'acceptation, et ne détruisent pas dans son principe un droit qui, encore une fois, est absolu et inaliénable.

Examinons donc qui peut accepter la communauté; quand la communauté doit être acceptée; comment elle est acceptée. Nous signalerons ensuite quelques effets de l'acceptation, et les difficultés que peut susciter l'application de la loi fiscale en cette matière.

800. *Qui peut accepter la communauté?* — Quant au mari, ce n'est pas seulement une faculté, mais une obligation pour lui d'accepter la communauté. A la dissolution de la communauté, il demeure nécessairement investi de tous les biens de la communauté, pour la moitié si les héritiers de la femme acceptent la communauté, pour le tout s'ils y renoncent. Il en est de même relativement aux héritiers du mari. C'est donc pour la femme que l'acceptation est purement facultative; elle accepte si elle le veut, ou elle renonce si elle l'aime mieux.

801. La femme mineure a-t-elle aussi cette faculté? Nous n'apercevons pas sur quel fondement elle lui serait contestée. L'art. 1455 du Code civil suppose bien que le droit existe même à l'égard de la femme mineure, quand il refuse à la femme *majeure* le droit de renoncer à la communauté, sauf le cas de dol, dès qu'elle a pris la qualité de commune. C'est assurément là reconnaître que la femme mineure peut accepter la communauté; car, limiter l'effet irrévocable de l'acceptation à la femme qui a atteint sa majorité, n'est-ce pas déclarer virtuellement qu'à cet égard la femme mineure est dans une situation différente, qu'elle a la faculté d'accepter, sauf le droit par elle de se faire relever de son acceptation, s'il y a lieu, lorsqu'elle a pris qualité?... D'ailleurs, dès que l'art. 1398 déclare la mineure dûment assistée, habile à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible et par conséquent à se soumettre au régime de la communauté, cet article lui confère également, par la seule force des choses, le droit d'accepter la communauté après la dissolution.

802. C'était autrefois une question controversée de savoir si la femme pouvait, après avoir obtenu une sentence de séparation de biens, accepter la communauté et en demander le partage? Il semble, disait-on, que cette demande implique contradiction avec la séparation de biens qui ne peut être fondée que sur le mauvais état des affaires du mari et par conséquent de la

communauté. Néanmoins, l'opinion contraire avait prévalu (1), c'est elle qu'il faut suivre encore. On est surpris que dans son rapport au corps législatif, le tribun Mouricault ait pu dire, à propos de l'art. 874 du Code de procédure, que cet article a tranché l'ancienne controverse en exigeant la renonciation absolue. L'art. 874 se borne à indiquer le lieu où la renonciation devra être faite par la femme judiciairement séparée. Mais déterminer un mode particulier pour la renonciation, ce n'est pas obliger à renoncer dans tous les cas, c'est supposer seulement que l'on renoncera; c'est dire que quand la femme prendra ce parti, ce qui du reste a lieu dans la plupart des cas, la renonciation devra être faite dans le lieu et suivant le mode indiqué, ce n'est en aucune manière enlever la faculté d'accepter la communauté dans tous les cas où la femme peut avoir intérêt à le faire (2).

803. Si la communauté est dissoute par le décès de la femme, ses héritiers ont la faculté d'accepter. Il en est de même lorsque la communauté étant dissoute par la mort du mari, la femme vient à décéder sans avoir pris qualité. Dans ce cas, la loi accorde même aux héritiers un nouveau délai pour faire inventaire et délibérer. Si tous les héritiers acceptent la communauté, ils acquièrent et se partagent entre eux tous les droits de la femme; s'il en est parmi eux qui acceptent tandis que d'autres renoncent, la part de ces derniers accroît au mari; les acceptants ont droit seulement à leur part virile. C'est un point sur lequel nous reviendrons en expliquant l'art. 1475.

804. *Délais de l'acceptation.* — La communauté ne peut être acceptée qu'après la dissolution : c'est la conséquence du principe posé dans l'art. 1453, qui déclare nulle toute convention par laquelle on se serait obligé à accepter. Une acceptation faite avant la dissolution de la communauté doit donc, en général, être considérée comme non avenue, conformément aux règles exposées plus haut (3). Toutefois, le principe, dans le cas particulier de la dissolution par la séparation judiciairement prononcée, comporte une exception nécessaire. Les effets des jugements prononçant une séparation remontent entre les parties au jour de la demande (4). Il en résulte que si la femme a fait ac-

(1) V. Lebrun, *De la comm.*, liv. III, ch. XXXI, n° 31, et Pothier, *ibid.*, n° 520.

(2) V. au surplus nos observations sur la séparation judiciaire, t. II, n° 855.

(3) V. *suprà*, n° 787.

(4) V. notre t. II, n°s 857 et suiv.

ceptation de la communauté pendant le cours de l'instance, elle est liée par cette acceptation; réciproquement elle ne peut pas être déchue de cette acceptation pour ne l'avoir pas renouvelée à temps utile, après le jugement qui consacre la séparation d'une manière définitive. La cour de cassation a très-bien jugé, dans cette hypothèse, que l'art. 1453, entendu sainement, n'a pas pour objet de prévoir et de prohiber l'acceptation anticipée de la femme qui poursuit une séparation judiciaire, mais bien d'établir en principe général la faculté, pour la femme, d'accepter ou de répudier la communauté, et de rendre illicite toute convention qui aurait pour but de lui enlever cette faculté (1).

Hors de cette hypothèse, la règle doit être rigoureusement observée : c'est en général après la dissolution seulement que la communauté peut être acceptée; mais quand la communauté est dissoute, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit acceptée immédiatement, si tous les ayants-droit ont la capacité nécessaire; s'ils n'ont point cette capacité, l'acceptation ne doit venir qu'après l'accomplissement des formalités prescrites et à l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer.

805. Tant que ces délais ne sont pas expirés, nul n'est tenu de faire acte d'acceptation, de prendre qualité; mais peut-on accepter encore lorsque les délais sont expirés? Il faut distinguer. Si la communauté a été dissoute par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, comme la loi ne fixe pas de délai pour l'acceptation, la communauté peut être acceptée pendant trente ans, à dater du jour de la dissolution. Si la dissolution s'est opérée par la séparation de corps ou même par la séparation de biens, la femme est présumée renonçante, faute d'avoir accepté, à moins qu'étant encore dans les délais, elle en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari ou lui dûment appelé (C. civ., art. 1463).

Nous plaçons à dessein sur la même ligne la dissolution opérée par la séparation de corps et la dissolution résultant de la séparation de biens. Malgré que l'art. 1463 parle uniquement de la première, la décision de la loi n'en doit pas moins être étendue à la seconde. La femme séparée de biens comme la femme séparée de corps doit donc, dans les trois mois et quarante jours après la séparation définitivement prononcée, accepter la communauté, sinon elle est présumée renonçante, même par une

(1) *Req. rej.*, 21 juin 1831 (aff. Guilin). V. encore, dans ce sens, Orléans, 14 novembre 1817 (aff. Deteure).

raison *à fortiori*, car en pareil cas la communauté est généralement mauvaise (1).

806. Le délai ne commence à courir, d'après l'art. 1463, que du jour où la séparation est *définitivement prononcée*. Que doit-on entendre par là? C'est évidemment d'un jugement désormais inattaquable que le législateur a entendu parler, et non pas seulement d'un de ces jugements que dans la pratique on appelle définitifs, par opposition aux jugements préparatoires et interlocutoires. Ainsi, tant qu'un jugement définitif, prononçant la séparation de corps ou de biens, est encore susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel, le délai pour accepter reste en suspens. Il faut, pour que ce délai prenne son cours, que le jugement prononçant la séparation ait acquis l'autorité de la chose jugée. C'est ce qui a été expressément reconnu par la cour suprême, d'après laquelle l'expression de « séparation définitivement prononcée » doit s'entendre du jugement désormais inattaquable par les voies ordinaires, parce qu'alors seulement la séparation est définitive, et la femme doit s'occuper utilement du règlement de ses droits (2). Cette doctrine nous semble incontestable; mais la même cour est allée trop loin, à notre avis, en décidant que lorsque le jugement qui prononce la séparation de corps ordonne au mari de rendre compte des biens de la communauté, ce n'est que du jour de la reddition de compte qui fait connaître à la femme l'état de la communauté, que court contre elle le délai fixé par l'art. 1465, pour accepter ou répudier (3). La loi déclare expressément que le délai court à partir de la séparation définitivement prononcée. Or, s'il est vrai que la reddition de compte soit un préalable nécessaire, il est certain aussi que ce n'est pas la présentation du compte qui imprime au jugement le caractère définitif : c'est l'expiration du délai accordé par la loi pour attaquer le jugement. La femme doit faire toutes les diligences pour obliger le mari à présenter le compte, et en outre, comme elle a la faculté de demander une prorogation du délai accordé par la loi, elle serait personnellement en faute de n'avoir pas usé de cette faculté lorsque la lenteur mise à la reddition du compte en aurait motivé l'exercice.

807. *Formes de l'acceptation.* — L'acceptation de la commu-

(1) *Conf.* M. Duranton, t. XIV, n° 430.
(2) *Req. rej.*, 2 décembre 1834 (aff. Lacroix).
(3) *Req. rej.*, 29 janvier 1818 (aff. Jarry).

nauté peut avoir lieu expressément ou tacitement, ou, comme le dit Pothier, *aut verbis aut facto.*

Elle a lieu expressément lorsque la femme prend dans un acte, soit authentique, soit sous seing-privé, la qualité de commune en biens.

Elle a lieu tacitement lorsque la femme fait un acte qui suppose en elle la volonté d'être commune, en ce qu'elle n'a le pouvoir de faire un tel acte qu'en sa qualité de copropriétaire du fonds commun.

808. L'un et l'autre mode d'accepter la communauté s'appliquent à tous les cas de dissolution. Ainsi, bien qu'un délai spécial ait été imposé à la femme séparée de corps ou de biens pour accepter la communauté, ce délai n'implique en aucune manière l'idée que la femme doive nécessairement manifester expressément sa volonté d'accepter. On a tenté cependant de faire prévaloir une doctrine contraire; on a soutenu que des faits équivoques, qui peuvent être restés inconnus au mari, ne sauraient suppléer à la connaissance légale que la femme doit lui donner de sa résolution d'accepter. Cela est si vrai, a-t-on dit, que c'est *contradictoirement* avec son mari que la femme doit obtenir la prorogation du délai, si elle est dans le cas d'en demander une. Or, de même qu'elle ne peut pas obtenir *tacitement* une prorogation de délai, de même elle ne peut pas profiter *tacitement* de celui de trois mois et quarante jours qui lui est imparti. Mais cette doctrine a été justement repoussée. Que la femme séparée soit moins en position que la femme restée commune jusqu'à la dissolution du mariage de faire des actes susceptibles de constituer une acceptation tacite, cela se comprend à merveille, puisqu'à la dissolution du mariage la dernière se trouve placée de fait à la tête des affaires communes, tandis que la saisine, dans le cas de séparation, demeure toujours entre les mains du mari qui déjà détenait ces biens. Mais aussi il n'est pas impossible de comprendre que la femme, même séparée, puisse faire des actes qui impliquent sa copropriété relativement aux biens communs, comme si, par exemple, elle paye quelques dettes de la communauté ou vend des objets faisant partie du fonds commun. Or, si cela arrive, il est difficile d'admettre que le fait ne substitue pas à la présomption de renonciation que l'art. 1465 fait résulter de l'expiration des délais, la présomption contraire d'acceptation. Il n'y a pas de raison, en effet, pour établir, relativement à la femme séparée, un mode d'acceptation différent de celui qui est établi pour la femme veuve; et puisque l'art. 1463

n'a limité en aucune façon le mot *accepté* qu'on y trouve employé, c'est évidemment qu'il embrasse l'acceptation tacite et l'acceptation expresse. La question a été formellement résolue en ce sens par la cour de cassation (1).

809. Lorsque l'acceptation est expresse, il n'y a guère d'équivoque possible : il sera ordinairement facile à la seule inspection de l'acte de voir si cet acte présente ou non le caractère d'une acceptation de la communauté. Mais il n'en est pas de même dans le cas d'acceptation tacite. Il est tels actes ou tels faits qui peuvent émaner de la femme sans aucune intention de se porter acceptante et qui ne doivent même pas être considérés comme impliquant une acceptation ; il en est d'autres auxquels on doit donner la signification précisément contraire. Où est la ligne de démarcation? Pothier l'a tracée en ces termes (2) : « La femme ne pouvant être commune que par la volonté qu'elle a eue de l'être et qu'elle a suffisamment déclarée, il faut, pour qu'un fait de la femme renferme une acceptation de la communauté, que ce fait soit tel, qu'il suppose nécessairement en elle la volonté d'être commune, et qu'on ne puisse apercevoir de raison pourquoi elle aurait fait ce qu'elle a fait si elle n'eût pas voulu être commune. » C'est dans cette pensée qu'a été rédigé l'art. 1454, dont la disposition est ainsi conçue : « La femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté ne peut y renoncer. — Les actes purement administratifs ou conservatoires n'emportent point immixtion. » La femme s'immisce dans les biens de la communauté, et, partant, elle accepte virtuellement lorsqu'elle fait un acte qui ne peut se concilier avec la volonté de rester étrangère à la communauté ; elle ne s'immisce pas, au contraire, et, partant, elle n'accepte pas la communauté, alors même qu'elle agit, si les actes ont pour principe un intérêt d'administration ou de conservation.

810. Ainsi la femme peut, sans s'immiscer dans les biens communs, prendre inscription sur les biens des débiteurs de la communauté, interrompre la prescription qui court au profit

(1) *Req. rej.*, 8 février 1843 (aff. Riou). — Le principe est également consacré par un arrêt de la cour de Rouen, qui juge en outre, et avec raison, que l'acceptation tacite ne résulte pas suffisamment de la délivrance de quelques menus meubles faite à la femme, lors de la liquidation, parce qu'on pouvait les lui refuser, et que même après l'avoir faite, on peut en rabattre la valeur sur le montant de ses reprises si la réclamation n'était pas fondée. Rouen, 10 juillet 1826 (aff. Terrier).

(2) V. *De la communauté*, n° 537.

d'un possesseur des acquêts, former opposition à la saisie-exécution des effets mobiliers corporels d'un débiteur de la communauté, pour avoir part à la distribution du prix provenant de la vente ; elle peut également faire faire la récolte des fonds communs, faire procéder aux réparations urgentes, donner congé à des locataires en retard de payer leurs loyers, louer les maisons pour les termes d'usage, et même, en cas d'urgence, passer des baux de biens ruraux. La femme peut encore vendre les effets périssables qu'elle n'aurait pu conserver sans exposer les ayants-droit à en perdre la valeur, et par la même raison, si elle est veuve d'un marchand en détail, continuer, après la mort de son mari, à tenir boutique ouverte et débiter les marchandises (1) ; elle peut pareillement employer les deniers communs à l'achat de provisions nécessaires à l'entretien du ménage pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, à l'acquittement des frais funéraires du mari, et au payement des sommes dues aux domestiques, à des ouvriers ou à des marchands (2). Dans tous ces cas la femme agit évidemment dans un but de conservation. Il est même de l'intérêt des créanciers de la communauté et des héritiers du mari que ces divers actes ne soient pas considérés comme actes d'immixtion, sans quoi la femme, dans la crainte de compromettre un droit d'option qui est sa sauvegarde, demeurerait dans une inaction complète, et bien des effets communs périraient, au grand préjudice des héritiers eux-mêmes et des créanciers de la communauté.

Au surplus, la femme agira prudemment dans tous les cas où un acte lui paraîtrait dépasser les bornes d'un acte d'administration ou d'un acte conservatoire, en mettant les héritiers du mari en mesure de concourir à l'acte, et, sur leur refus, en se faisant autoriser par une ordonnance du président du tribunal à passer l'acte en sa qualité d'habile à se porter acceptante de la communauté. Pothier va jusqu'à dire qu'il suffirait à la femme, « pour éviter les contestations, *de protester* qu'elle ne fait ce qu'elle fait que pour la conservation des biens de la communauté et sans préjudicier aux qualités qu'elle a à prendre. » Nous doutons, pour notre part, qu'une semblable protestation fût suffisante pour mettre la femme à couvert si l'acte émané d'elle avait réellement le caractère d'un acte d'immixtion ; la prudence doit, sans contredit, faire préférer le

(1) V. Pothier, *ibid.*, n° 341.
(2) V. Paris, 10 janvier 1835 (aff. Desmarquettes).

concours des héritiers à l'acte, et à défaut, une autorisation du président.

811. Faute d'avoir pris cette mesure, la femme doit être considérée comme s'étant immiscée dans les biens communs, et, partant, comme ayant accepté tacitement la communauté, toutes les fois que depuis la dissolution de la communauté, elle a disposé de quelques effets qui y étaient compris sans avoir d'autre qualité pour le faire que la qualité de commune.

Il importe même peu que dans la réalité la chose n'appartienne pas à la communauté si la femme en a disposé croyant qu'elle dépendait du fonds commun : comme, par exemple, si la chose livrée par la femme ne s'est trouvée parmi les biens communs que par suite d'un prêt fait au mari et dont la femme a ignoré l'existence. Il en est de cela, dit justement Pothier (1), comme d'un héritier qui disposerait d'une chose qu'il a trouvée parmi les effets de la succession et qu'il croyait dépendre de cette succession, il ne fait pas moins acte d'héritier que s'il eût disposé d'une chose qui dépendît véritablement de la succession (2).

Selon Pothier, la femme s'immisce dans les biens communs non-seulement quand elle dispose de quelques effets de la communauté, mais encore lorsqu'elle paye pour sa part une dette de la communauté, dette à laquelle elle n'était point obligée en son propre nom et sans qu'elle eût d'autre qualité pour payer que celle de commune (3). Toutefois, ceci dépendra beaucoup des circonstances ; car, bien que les lois romaines décident que celui-là fait acte d'héritier qui paye quoique de ses propres deniers la dette d'une succession à laquelle il est appelé (4), ce qui, par analogie, peut être appliqué au cas de communauté, comme en principe, on peut payer pour un tiers et dans le seul intérêt de ce tiers, les juges auront à apprécier l'intention probable de la femme qui aurait acquitté de ses propres deniers une dette de la communauté.

Dans tous les cas, soit qu'elle ait disposé des effets de la communauté, soit qu'elle ait payé une dette qui en dépendait, la femme ne doit être considérée comme s'étant immiscée qu'autant qu'elle n'aurait eu pour faire l'acte d'autre qualité que celle

(1) V. *De la communauté*, n° 538.

(2) Ulpien dit en effet : Interdùm animus solus eum obstringet hæreditati, ut putà si re non hæreditariâ quasi hæres usus sit, l. XXI, § 1, ff. *De acquis. hæred.*

(3) V. *loc. cit.*, n° 539.

(4) V. l. II, au C. de jure delib.; l. LXXXVIII, ff. *De acquir. hæred.*

de commune. Mais si elle avait une autre qualité, par exemple, si elle était exécutrice testamentaire de son mari ou tutrice de ses enfants héritiers de son mari, la disposition des effets de la communauté ou le payement des dettes ne seraient pas nécessairement des actes d'immixtion, car la femme a pu agir en sa qualité d'exécutrice testamentaire ou de tutrice. De même si elle était personnellement obligée, ne fût-ce que comme caution, à la dette de la communauté payée par elle, comme elle a pu payer dans le but unique de se libérer personnellement, le payement ne peut et ne doit pas être regardé comme un acte d'immixtion.

812. Que si la femme a cédé après la dissolution de la communauté, soit à des étrangers, soit à tous les héritiers de son mari ses droits de communauté, elle a tacitement accepté la communauté, car elle n'a pu céder que ce qu'elle avait. Il en est de même si la femme renonçait à la communauté en faveur de l'un des héritiers du mari préférablement aux autres. Cette renonciation prétendue n'aurait de la renonciation que le nom ; la femme aurait réellement cédé son droit à la communauté et, par conséquent, elle devrait nécessairement être considérée comme l'ayant préalablement acquis par une acceptation tacite. Dans l'une et l'autre hypothèse, ce serait le cas d'appliquer, par analogie, l'art. 780, aux termes duquel : « La donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des co-héritiers, soit à un étranger, soit à tous ses co-héritiers, soit à quelques-uns d'eux, emporte de sa part acceptation de la succession. — Il en est de même : 1° de la renonciation, même gratuite, que fait un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses co-héritiers ; 2° de la renonciation qu'il fait, même au profit de tous ses co-héritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de la renonciation. » Tel est aussi l'avis de Pothier.

Mais le même auteur ajoute (1), sur l'autorité de la loi 24, ff. *De acquir. hæred.* (2), que si la femme avait reçu des héritiers de son mari une somme d'argent pour renoncer à la communauté, elle ne serait pas censée avoir fait acte de commune. « Cette renonciation, dit-il, quoique faite pour de l'argent, n'est proprement ni une vente, ni une cession que la femme fasse de son droit ; mais c'est un contrat *do ut facias*. Les héritiers du mari ayant intérêt que la femme renonce à la communauté, lui

(1) *De la communauté*, n° 545.

(2) Aux termes de cette loi : « Qui pretium omittendæ hæreditatis causâ capit, non videtur hæres esse. »

donnent une somme d'argent pour la porter à faire cette renonciation ; en conséquence, elle renonce à la communauté. Elle ne leur fait aucune cession de son droit à la communauté : cette cession était inutile auxdits héritiers, puisque sans aucune cession, par la seule renonciation de la femme, tous les biens de la communauté leur demeurent, *jure non decrescendi*..... » Cet avis ne saurait être suivi. La femme n'a pu recevoir le prix de la cession qu'en sa qualité de commune. Les héritiers du mari lui auraient-ils donné un prix si elle n'avait pas eu cette qualité?... Il faut donc décider que la femme qui a reçu le prix de sa prétendue renonciation est présumée avoir accepté la communauté, et appliquer ici, comme dans les hypothèses précédentes, l'article 780, dont la disposition finale place, comme on l'a vu, au rang des acceptations tacites d'une succession « la renonciation faite par un héritier, même au profit de tous ses co-héritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de la renonciation. » C'est aussi ce qu'enseigne M. Bugnet, qui dit, en relevant la citation faite par Pothier de la loi 24, ff. *De acquir. hæred.*, « que Pothier aurait dû ajouter ce que porte cette même loi *in edictum tamen prætoris incidere*, et que notre droit se rapproche plus de l'édit du préteur que du pur droit civil. (1) »

813. Enfin, il y a acceptation tacite de la part de la femme, lorsqu'elle divertit ou recèle quelques effets qui dépendent de la communauté. C'est ce qu'exprime l'art. 1460 dont la disposition est expliquée plus bas.

814. Toutes ces règles s'appliquent non-seulement à la femme elle-même, mais encore aux héritiers de la femme mariée en communauté. Donc, les actes qui sont de nature à faire réputer la femme commune, produisent le même effet à l'égard de ses héritiers.

815. *Effets de l'acceptation.* — La loi attache à l'acceptation un effet irrévocable. La femme qui accepte la communauté est pour toujours commune ; elle ne peut plus renoncer. Le Code civil s'exprime sur ce point d'une manière non équivoque. La femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté, dit l'art. 1454, ne peut y renoncer ; la femme majeure qui a pris dans un acte la qualité de commune, ajoute l'art. 1455, ne peut plus renoncer ni se faire restituer contre cette qualité ; enfin, d'après l'art. 1460, la veuve qui a diverti ou recelé quelques

(1) V. M. Bugnet dans ses notes sur Pothier, t. VII, p. 292, note 2. V. *Conf.* M. Gilbert, *Code ann.*, sur l'art. 1454, n° 3.

effets de la communauté est déclarée commune nonobstant toute renonciation. Il en est de même à l'égard des héritiers de la femme.

Notons, en outre, qu'il importerait peu que la communauté eût été acceptée avant la confection de l'inventaire (art. 1455). Si la loi permet que la femme ou les héritiers diffèrent jusque-là à prendre qualité, c'est uniquement pour qu'ils puissent s'éclairer sur les forces et les charges de la communauté, et prendre parti en connaissance de cause ; mais elle ne les oblige pas à attendre pour se prononcer : la femme et les héritiers sont donc libres de renoncer à une faveur que la loi leur accorde.

816. Toutefois, le principe de l'irrévocabilité de l'acceptation n'est pas absolu. La loi admet plusieurs exceptions.

1° La femme mineure n'est pas déchue du droit de renoncer, quoiqu'elle ait pris qualité dans un acte. Cela résulte de l'article 1455, qui ne déclare irrévocablement liée que la femme majeure. En est-il de même si l'acceptation, au lieu d'être expresse, résulte d'un acte d'immixtion? On en pourrait douter, en présence de l'art. 1454, qui, statuant en thèse générale, dit que la femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté ne peut y renoncer, surtout si l'on réfléchit que la femme même acceptante peut n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument dans la communauté. Cependant, comme cette faveur, on le verra par la suite, est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités; comme, d'un autre côté, par l'acceptation, la femme se jeterait dans une administration embarrassante dont elle ne pourrait pas répudier la responsabilité, nous pensons qu'elle ne doit pas être irrévocablement liée par son acceptation même tacite. D'ailleurs, il répugnerait aux saines notions de la logique et de la raison que la femme pût s'obliger d'une manière plus définitive par ses actes qu'elle ne pourrait le faire par une manifestation expresse de sa volonté. Quelques auteurs estiment cependant que si l'acceptation tacite provient d'un fait de détournement ou de recel, la femme, fût-elle mineure, est désormais liée et ne peut se faire restituer contre son acceptation, parce que la disposition de l'art. 1460 est générale (1). Nous ne pensons pas que la généralité de cet

(1) V. MM. Delvincourt sur l'art. 792; Battur, t. II, n° 702, et Odier, t. I, n° 446. Ce dernier auteur invoque à l'appui de sa doctrine l'opinion des anciens jurisconsultes, qui enseignent que la minorité n'excuse pas le conjoint qui commet des recels accompagnés de fraude, parce que *in delictis non atten-*

article soit plus susceptible de faire modifier la solution que ne l'est l'art. 1453, dont la disposition est générale aussi. En définitive, la femme mineure ne peut, par aucun moyen, se priver indirectement d'un bénéfice auquel elle est incapable de renoncer directement. Or, attacher la déchéance de la faculté de renoncer à un recel fait par la femme mineure, ce serait bien évidemment aller contre cette règle, puisqu'il dépendrait toujours de la femme de se priver du bénéfice qui lui est accordé par la loi (1).

2° La femme, alors même qu'elle est majeure, peut, par une seconde exception au principe de l'irrévocabilité de l'acceptation, être restituée contre son acceptation lorsqu'elle a été induite à prendre qualité par le dol des héritiers du mari (art. 1455). Au premier aperçu, on ne saisit pas nettement comment les héritiers du mari peuvent avoir intérêt à faire accepter la communauté par la femme, et partant on peut ne pas saisir la portée de l'art. 1455. En effet, de deux choses l'une : ou bien la communauté est bonne, et alors l'acceptation de la femme nuit aux héritiers du mari en leur enlevant la moitié des biens communs; ou bien la communauté est mauvaise, et alors l'acceptation de la femme ne profite pas aux héritiers du mari, puisqu'en faisant inventaire, la femme n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument dans l'actif. Cependant, il est certain que les héritiers du mari peuvent avoir intérêt à l'acceptation de la femme. Cela est incontestable dans le cas où la femme, en vertu de l'art. 1514, a stipulé la reprise de son apport même en cas de renonciation. Supposons, en effet, que la femme ait apporté dans la communauté 10,000 fr. dont elle a stipulé la reprise dans les termes de l'art. 1514. Si au jour de la dissolution l'actif et le passif de la communauté se balancent, par exemple

ditur minor ætas. V. Cujas, *Consult.*, t. XI; Lebrun, *De la communauté*, liv. III, ch. II, sect. II, dist. 2, n° 37; Ferrière sur l'art. 237 de la *Cout. de Paris*, glos. 2, n° 20; Renusson, *De la communauté*, part. II, ch. II, n° 14. En ce point, M. Odier applique la solution des anciens jurisconsultes à une question qui n'est pas celle dont il s'agit ici. Que la minorité n'excuse pas le conjoint quel qu'il soit, le mari ou la femme, lorsque ce conjoint commet des recelés, cela ne nous paraît pas contestable; c'est ce que nous expliquerons plus tard en nous occupant de l'art. 1477 du Code civil. Mais la question ici est de savoir si cette minorité, dans le cas où l'auteur du recelé est la femme, n'est pas un motif pour la faire relever de l'acceptation que le recelé fait supposer : et à cet égard les auteurs anciens gardent un silence absolu.

(1) V. *Conf.* MM. Bellot, t. II, p. 284; Zachariæ, t. III, p. 492, note 24; Gilbert, *Code ann.*, sur l'art. 1460, n° 5.

si la communauté a un actif de 20,000 f. et un passif de 20,000 f., il est certain que les héritiers du mari ont intérêt à ce que la femme accepte la communauté, puisque en renonçant elle reprendrait les 10,000 fr. dont elle a stipulé la reprise, et laisserait ainsi l'actif réduit à 10,000 fr. pour acquitter les 20,000 fr. de dettes. Dans cette hypothèse, si les héritiers du mari ont induit la femme en erreur, s'ils ont exagéré l'actif, s'ils ont dissimulé les dettes et amené la femme à accepter, abandonnant ainsi le droit qu'elle avait à la reprise, la loi veut que l'acceptation ne soit pas irrévocable. C'est l'application du principe que le dol et la fraude font exception à toutes les règles. Il est même remarquable que la loi dépasse ici la mesure dans laquelle l'application du principe est faite aux conventions ordinaires. En général, pour que le dol soit une cause de rescision, il faut qu'il émane de la personne même avec laquelle on a contracté. Dans les termes de l'article 1455, il suffit, en matière de communauté, que le dol existe; c'est ce qui a lieu aussi, d'après l'art. 783, dans les successions qui, sous le rapport qui nous occupe, présentent avec la communauté la plus parfaite analogie. C'est pourquoi nous estimons que le dol eût-il été pratiqué par les créanciers de la communauté, le principe posé dans l'art. 1455 n'en serait pas moins applicable (1). A plus forte raison le serait-il, si, en cas de séparation de corps ou de biens, le dol avait été pratiqué par le mari lui-même.

3° Enfin, nous faisons une troisième exception au principe de l'irrévocabilité de l'acceptation en faveur des créanciers de la femme; en d'autres termes, nous pensons que ces créanciers peuvent attaquer cette acceptation s'ils la jugent faite en fraude de leurs droits. Toutefois, c'est là un point contesté : quelques auteurs soutiennent en effet que l'art. 1464, dont la disposition sera ultérieurement expliquée, donnant aux créanciers le droit d'attaquer la renonciation, il n'y a pas lieu d'étendre cet article à l'acceptation dont le texte ne parle pas; d'ailleurs, ajoutent ces auteurs, la femme, même acceptante, n'étant tenue au payement des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483),

(1) Le principe a été consacré par la cour suprême, et cette cour a même jugé que le défaut d'inventaire de la part de l'héritier ou de la veuve commune qui ont accepté par suite de dol ne peut être opposé comme formant obstacle à la renonciation ultérieure... *même par les créanciers étrangers au dol*, et que lorsque l'acceptation vient à être annulée, tout ce qui a été payé aux créanciers par l'héritier ou par la veuve, de leurs propres deniers, est sujet à répétition. V. *Req. rej.*, 5 décembre 1838 (aff. Robinot et Boullé).

les créanciers sont sans intérêt (1). Mais d'abord c'est une erreur de prétendre que les créanciers personnels de la femme n'ont pas d'intérêt à attaquer l'acceptation faite par leur débitrice; car si la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est seulement en tant qu'elle fait un bon et fidèle inventaire; d'où la conséquence que, si elle néglige cette formalité, l'acceptation nuit manifestement à ses créanciers, puisqu'alors la femme est tenue des dettes *ultrà vires*. En second lieu, l'acceptation est encore préjudiciable aux créanciers personnels de la femme lorsque celle-ci avait stipulé la reprise de ses apports même en cas de renonciation, puisque par le fait de l'acceptation la femme doit laisser dans le fonds commun des apports sur lesquels ses créanciers auraient sans cela poursuivi l'exercice de leurs droits. Cette considération avait paru décisive à Pothier, qui ne supposait pas que l'on pût mettre en doute le droit, pour les créanciers personnels de la femme, d'attaquer l'acceptation faite par leur débitrice (2). En second lieu, le silence de l'art. 1464 n'est rien moins que concluant. Cet article, en parlant de la renonciation, n'a fait que confirmer le principe posé dans l'art. 1167, et il se serait probablement dispensé de le faire, si l'on n'avait cru nécessaire de prévenir un doute que les principes de la loi romaine auraient pu susciter. On sait quelle était, par rapport à l'action des créanciers sur les actes du débiteur, la différence existante entre les actes susceptibles de diminuer le patrimoine de ce débiteur, et ceux qui avaient seulement pour effet d'empêcher l'accroissement du patrimoine : les premiers seuls pouvaient être attaqués par les créanciers, et par ce motif les créanciers étaient toujours fondés à attaquer l'acceptation frauduleuse d'une succession dont le passif était supérieur à l'actif; les seconds, au contraire, ne pouvaient pas être attaqués par les créanciers; c'est pourquoi les créanciers ne pouvaient pas attaquer la renonciation même frauduleuse à une succession avantageuse. L'art. 1464 a eu sans doute pour objet de supprimer une semblable distinction; d'où la conséquence que le silence gardé par cet article relativement à l'acceptation de la communauté n'en laisse pas moins dans toute sa force le principe général de l'art. 1167, aux termes duquel les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer

(1) V. en ce sens MM. Toullier, t. XIII, n° 203; Zachariæ, t. III, p. 493, et note 29; Glandaz, *Encycl.*, v° *Communauté*, n° 313; Odier, t. I, n° 476.

(2) V. *De la communauté*, n° 559.

les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (1).

817. Le second effet de l'acceptation de la communauté est d'investir la femme de la moitié de tout ce qui en dépend; à cet égard, l'acceptation agit même rétroactivement. « L'acceptation que la femme ou les héritiers font de la communauté, dit Pothier (2) a un effet rétroactif au temps de la dissolution de la communauté : la femme ou les héritiers sont réputés en conséquence, dès l'instant de la dissolution de la communauté, propriétaires pour une moitié par indivis de tous les biens dont la communauté s'est trouvée alors composée. Tous les fruits qui ont été perçus depuis cette époque, et généralement tout ce qui en est provenu, leur appartient pareillement par moitié. » Le Code n'exprime pas cette règle; mais on ne doit pas moins la considérer comme certaine encore aujourd'hui.

Réciproquement, par l'acceptation de la communauté, la femme ou ses héritiers devenaient autrefois débiteurs pour la part qu'ils avaient dans la communauté, de toutes les dettes communes : la femme ou les héritiers qui avaient accepté la communauté étaient censés avoir contracté ces dettes comme communes, conjointement avec le mari, lorsque le mari les avait contractées légalement, comme chef de la communauté. Tel est aujourd'hui le principe consacré par l'art. 1482, dont la disposition va être expliquée bientôt.

Néanmoins, la coutume accordait à la femme ou à ses héritiers, lorsqu'ils avaient accepté, le bénéfice, moyennant l'accomplissement de certaines formalités, de n'être tenus des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'ils avaient amendé. L'art. 1483, on le verra tout à l'heure, accorde également à la femme ou à ses héritiers ce même bénéfice.

818. Le troisième effet de l'acceptation est d'investir la femme de l'administration de la communauté jusqu'au partage. Ce droit n'est pas textuellement écrit dans la loi, mais il s'induit virtuellement de l'art. 1454, qui, en déclarant que les actes purement administratifs faits par la femme n'emporteront point immixtion de sa part, confère évidemment qualité à la femme pour faire de pareils actes, et lui reconnaît par conséquent le droit d'administrer et de gérer les affaires de la communauté. Ce droit d'administration résulte encore de l'art. 1456, qui charge la

(1) *Conf.* MM. Bellot, t. II, p. 342; Mourlon, p. 61, et Bugnet sur Pothier, *loc. cit.*

(2) V. *De la communauté*, n° 548.

femme de faire inventaire, contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés. Enfin, il résulte de l'art. 1465, qui autorise la femme à prendre ses frais de nourriture et de logement sur les biens de la communauté (1).

Toutefois, des circonstances particulières, comme le peu de garantie que présente la veuve eu égard à l'importance des objets de la communauté, peuvent autoriser les héritiers du mari à demander que l'administration de la communauté soit enlevée à la femme pour être commise à l'un d'eux ou à un tiers. Mais, dit très-justement M. Duranton (2), il faut que les raisons alléguées par les héritiers du mari soient graves, car c'est à la femme que la loi attribue l'administration de la communauté jusqu'au partage. Au surplus, il est statué sur ces contestations et généralement sur toutes celles que l'administration fait naître par voie de référé.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que c'est seulement en cas de dissolution de la communauté par le décès du mari, que l'administration est confiée à la femme. Dans tous les autres cas, le mari reste seul administrateur. Seulement, si le mari et la femme sont décédés, il est pourvu à l'administration par le juge.

819. *Du droit d'enregistrement.* — Il résulte de toutes les observations qui précèdent, que l'acceptation de la communauté par la femme ne lui transmet rien qu'elle ne possédât déjà en principe : c'est sur ce fondement que le relief n'était pas perçu sous l'ancienne jurisprudence. Pocquet de Livonière dit, en effet (3) : « L'acceptation de la communauté n'acquiert à la veuve aucun nouveau droit; l'acquêt fait par le mari pendant la communauté est réputé fait tant pour lui que pour sa femme, si elle juge à propos d'accepter la communauté; ainsi, cette acceptation de communauté a un effet rétroactif au jour de l'acquisition : c'est une pure déclaration de sa volonté qui ne lui attribue rien de nouveau, mais détermine ce qui était douteux. » La loi fiscale qui nous régit aujourd'hui est rédigée dans le même esprit; car de même que les anciens principes avaient écarté le droit de relief, de même la loi actuelle a écarté le droit proportionnel. La loi du 22 frimaire an VII n'assujettit, en effet, qu'à un droit fixe d'un franc « les acceptations de successions,

(1) V. M. Duranton, t. XIV, n° 439.
(2) *Loc. cit.*, n° 441.
(3) V. des Fiefs, liv. IV, ch. v, sect. IV.

legs ou communautés, lorsqu'elles sont pures et simples » (art. 68, § 1, n° 2).

820. La loi parle des acceptations pures et simples : ce n'est pas qu'elle entende par là mettre l'acte en opposition avec les acceptations conditionnelles ou avec les acceptations partielles. En principe, la communauté ne peut pas être acceptée pour partie : une acceptation partielle serait donc nulle et ne produirait aucun effet. Il faut dire même que la femme, loin d'avoir exprimé par une telle acceptation l'intention d'accepter le tout, aurait manifesté une intention contraire; par conséquent il n'y aurait pas transmission, et le droit fixe resterait seul exigible. Il en est ainsi de l'acceptation conditionnelle, laquelle serait nulle, puisqu'une communauté ne peut pas être acceptée sous condition, pas plus qu'elle ne peut être acceptée pour partie.

Lors donc qu'elle parle des acceptations pures et simples, la loi s'occupe seulement du droit à percevoir sur l'acte même d'acceptation ; elle entend séparer cet acte des conséquences qu'il peut avoir par l'effet du partage auquel il donne lieu. Le partage est en effet susceptible de constater des mutations ; et partant, il rend exigible le droit proportionnel, soit par rapport aux héritiers de l'époux prédécédé, soit par rapport au survivant lui-même, s'il reçoit en payement des biens de communauté ou d'autres biens. Les questions relatives à ce dernier droit seront examinées à l'article suivant.

821. Au surplus, la perception doit atteindre non-seulement les actes contenant acceptation, mais encore les actes d'où l'on peut faire résulter l'acceptation tacite. Ainsi, la régie peut opposer à la femme renonçante les faits qui, aux termes de l'article 1454 du Code civil, constatent une acceptation tacite. Telle est l'opinion de MM. Championière et Rigaud (1). L'administration, disent ces auteurs, doit incontestablement être admise à prouver l'acceptation, lorsque son existence a pour résultat une mutation passible d'un droit; aucune disposition de loi n'a restreint pour elle les preuves légales à l'acte exprès de renonciation; elle peut donc invoquer le droit commun, et dès lors se prévaloir des présomptions établies par le Code.

ART. 2. — *Des suites de l'acceptation, et spécialement du partage de la communauté.*

822. Texte de l'art. 1467. — Division.

(1) V. t. IV, n° 2875.

822. Il est de la nature de toutes les sociétés que chaque partie qui a une part dans les biens demeurés communs, puisse, après la dissolution, demander le partage, soit par elle-même si elle est majeure et jouissant de ses droits, soit par son tuteur, dûment autorisé, si elle est mineure, car nul n'est tenu de rester dans l'indivision (C. civ., art. 815 et 817). Lors donc que la communauté est dissoute et que la femme ou les héritiers ont manifesté, en acceptant, l'intention d'y prendre leur part, l'action en partage est ouverte, et il faut procéder à la division des intérêts, jusque-là confondus, dès que cette action est exercée. L'art. 1467 suppose qu'une demande en partage a été formée, et il dit : « Après l'acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, l'actif se partage et le passif est rapporté de la manière ci-après déterminée : » L'expression même de la loi indique que les règles auxquelles elle fait allusion vont comprendre deux ordres distincts d'idées : l'actif *se partage*, parce que l'actif est réellement dans l'indivision, et qu'on partage seulement ce qui est dans l'indivision; quant au passif, on ne le partage pas, car, en principe, les dettes se divisent de plein droit, au lieu d'être dans l'indivision ; aussi l'art. 1467 dit-il que le passif *est supporté* d'après des règles ultérieurement indiquées.

D'après cela, nous traiterons distinctement, à l'exemple du Code lui-même, du partage de l'actif et de la contribution aux dettes.

N° 1. — *Du partage de l'actif et des opérations préliminaires au partage.*

Sommaire.

823. Avant de procéder au partage, il y a lieu de former la masse partageable.

824. *Des rapports à faire par les époux débiteurs envers la communauté.* — Textes des art. 1468 et 1469. — Renvoi.

825. Diverses manières d'effectuer le rapport, lorsqu'un seul des époux est débiteur.

826. Diverses manières de l'effectuer lorsque les deux parties sont débitrices.

827. *Des reprises et des prélèvements à faire par les époux créanciers envers la communauté.* — Art. 1470. — Renvoi.

828. Comment s'effectuent les reprises et prélèvements. — Art. 1471 et 1472.

829. Suite.

830. Dans toutes les hypothèses l'ordre fixé par l'art. 1471 doit être suivi, à moins que les parties ne consentent respectivement à suivre un ordre différent.

831. L'option déférée à la femme entre les divers immeubles sur lesquels elle peut exercer subsidiairement ses reprises, doit *à fortiori* lui être accordée relativement aux meubles.

832. Par rapport aux immeubles, l'option de la femme n'a pas d'effet s'il n'existe pas un certain rapport entre la valeur de l'immeuble qu'elle a choisi et le montant de la reprise à exercer par elle.

833. Soit qu'elle prenne des meubles soit qu'elle prenne des immeubles, la femme reçoit la chose en payement, suivant l'estimation et au prorata de ses droits.

834. Mais elle reçoit la chose sous la réserve des droits acquis aux créanciers. La règle est absolue.

835. Des reprises exercées par le mari.

836. Du droit d'enregistrement appliqué aux reprises et aux prélèvements.

837. Suite.

838. *Du partage.*—Les opérations préliminaires accomplies, le résultat donne la masse à partager, qui, sauf convention contraire dans le contrat de mariage, se divise par moitié entre les époux ou leurs représentants. — Art. 1474.

839. Le principe du partage par moitié n'est cependant pas absolu. La loi y fait deux exceptions. — Du cas où la communauté étant dissoute par la mort de la femme, ses héritiers sont divisés en sorte que les uns acceptent la communauté tandis que les autres y renoncent.—Art. 1475.

840. Du cas de recel ou de divertissement par l'un des époux de quelques effets de la communauté. — Art. 1477.

841. En quoi consistent le recel et le divertissement.— Règles d'appréciation.

842. De la peine prononcée contre l'auteur du recel. — Dans quelle mesure cette peine doit être appliquée.

843. Le recel n'est pas un délit, mais un fait dommageable, un quasi-délit. — Conséquences.

844. Des formes du partage et des règles qui sont applicables. — Art. 1476.

845. C'est seulement après le partage que les époux peuvent agir relativement aux dettes et aux créances qu'ils ont respectivement l'un envers l'autre. — Art. 1478, 1479, 1480. — Renvoi.

823. Pour procéder au partage, il faut avant tout déterminer d'une manière exacte la masse partageable. Cette masse n'est pas, en effet, celle qui se trouve sous la main de l'époux qui, au moment de la dissolution de la communauté, est momentanément chargé de l'administration : d'un côté, cette masse, qui est précisément celle que le mari administrait pendant la durée de la société conjugale, contient plus que ce qui est à partager, puisqu'elle comprend non-seulement les biens communs, mais encore les biens personnels du mari ou de la femme; d'un autre côté, cette masse peut ne pas renfermer tout ce qui est à partager, puisque l'un des époux, ou même les deux, ont peut-être retiré de la communauté, dans leur intérêt personnel, des valeurs qu'ils n'y ont pas remises. La masse partageable se com-

pose uniquement des biens communs : c'est cette masse qu'il faut former préalablement à tout partage. A cet effet, chacun des époux doit rapporter la somme que la communauté a déboursée pour lui à titre d'avances, et réciproquement chacun d'eux reprend ses biens propres ou prélève ce dont la communauté est débitrice envers lui. Ce qui reste après ces opérations préliminaires, donne la masse à partager. Cette masse, sauf convention contraire, sauf aussi quelques exceptions déterminées par la loi, se partage par moitié entre les deux époux ou leurs représentants. Telle est l'économie de la loi par rapport au partage de l'actif. Nos observations sur ce point porteront donc successivement sur les opérations préliminaires au partage, c'est-à-dire les rapports, reprises et prélèvements, et sur l'opération même du partage.

824. *Rapports.* — Les rapports dus par chacun des époux à la masse commune sont réglés par les art. 1468 et 1469. Le premier de ces articles pose en principe que « les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité, d'après les règles ci-dessus prescrites. » L'art. 1469, qui fait une application spéciale du principe, ajoute : « Chaque époux ou son héritier rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun. » Nous n'avons pas à nous arrêter aux applications dont ces textes sont susceptibles : la loi tire ici la conséquence du principe que les époux ne peuvent pas s'enrichir aux dépens de la communauté ; elle complète ainsi la théorie des récompenses dues par les époux à la communauté. C'est à cette théorie, appliquée par nombre d'articles, et formulée en règle générale par l'art. 1437, que renvoie l'article 1468 ; nous renvoyons également le lecteur aux observations dont elle a fait l'objet dans le présent traité (1). Tout ce que nous avons à dire ici se rattache au mode d'après lequel le rapport doit être effectué par l'époux débiteur de la communauté.

825. Lorsque l'un des époux est débiteur envers la communauté, le rapport qu'il doit à la masse commune peut s'effectuer de diverses manières. Il peut avoir lieu d'abord par une remise effective de la chose ou de la valeur due : l'époux débiteur se libère alors par un rapport réel, et la communauté prenant sa

(1) V. *suprà*, n. 720 et suiv.

véritable consistance, les opérations du partage en sont simplifiées.

Le rapport peut avoir lieu aussi fictivement; c'est lorsque faute de reproduire la chose même en nature, l'époux est constitué débiteur d'une somme égale à la valeur de la chose due. Cela peut se faire de plusieurs manières.

La première, en ajoutant à la masse des biens de la communauté la créance que la communauté a contre le conjoint débiteur et en la lui précomptant sur sa part dans la masse. Ainsi, en prenant un exemple fourni par Pothier (1), nous supposerons que l'un des conjoints soit débiteur de 10,000 fr. envers la communauté, dont l'actif se monte en outre à une valeur de 90,000 fr. Par suite, si l'on ajoute la créance de 10,000 fr., le fonds commun s'élève jusqu'à 100,000 fr., et donne par conséquent 50,000 fr. pour chacune des parties, en précomptant à la partie débitrice la créance de 10,000 fr. que la communauté a contre elle; en sorte qu'en délivrant à cette partie pour 40,000 fr. des autres effets de la masse, elle se trouvera remplie de ses 50,000 fr., et il en restera 50,000 pour la part de l'autre époux ou de ses représentants.

La seconde manière à l'aide de laquelle le rapport fictif peut être effectué, consiste à laisser prélever sur la masse, par le conjoint non débiteur, une somme égale à la dette dont l'autre conjoint est grevé vis-à-vis de la communauté. En suivant ce mode, le résultat doit être identiquement le même que celui auquel on arrive par le mode précédent. Ainsi, en suivant l'hypothèse fournie par Pothier, si l'on suppose que la dette de l'époux débiteur se trouve acquittée au moyen du prélèvement, par l'autre conjoint, d'une somme égale au montant de cette dette, il arrive, comme dans l'opération précédente, d'une part, que l'époux débiteur a 40,000 fr. formant la moitié de la masse, déduction faite du prélèvement opéré par son conjoint, ce qui ajouté à la dette de 10,000 fr. dont il est libéré forme 50,000 fr.; et, d'une autre part, que l'autre partie a également 50,000 fr., composés d'abord des 10,000 fr. qu'il a prélevés, et ensuite de 40,000 fr. pour la moitié de ce qui restait à partager après ce prélèvement.

Enfin, il existe une troisième manière qui s'était introduite dans la pratique ancienne, où elle était connue sous la dénomination de *mi-denier*, et qui est encore fréquemment suivie dans

(1) *De la communauté*, n° 705.

la pratique moderne : elle consiste à partager la communauté comme s'il ne lui était rien dû par l'un des époux, sauf ensuite à l'époux débiteur à faire confusion, pour la moitié qu'il a dans les biens de la communauté, de la moitié de sa propre dette et à en payer l'autre moitié à son conjoint. Ici le mode de procéder diffère et s'écarte même des règles établies par la loi, en ce que le rapport suit le partage au lieu de le précéder, mais le résultat reste le même. En effet, suivons toujours la même hypothèse, et voici où l'on aboutit par ce dernier mode de procéder : les deux parties prennent chacune sa part dans les 90,000 fr. qui forment l'actif, déduction faite de la créance de 10,000 fr. que la communauté a sur l'une d'elles ; chacune a donc 45,000 fr., puis l'époux débiteur, faisant confusion en lui-même jusqu'à concurrence de la moitié de sa dette, en donne l'autre moitié, soit 5,000 fr., à son conjoint ; en sorte que, comme dans les hypothèses précédentes, le premier se trouve avoir 40,000 fr. plus sa dette payée, ce qui fait 50,000, et le second reçoit une somme semblable composée des 45,000 fr. qu'il a pris dans la masse partagée et des 5,000 dont il lui a été fait raison pour sa part dans la dette dont son conjoint était grevé.

826. Lorsque les deux parties sont chacune débitrices envers la communauté, elles peuvent encore se faire raison de plusieurs manières. La première, dit Pothier (1), dont les solutions *servent encore de règle à la pratique*, consiste à ajouter à la masse des biens qui sont à partager, chacune des créances que la communauté a contre elle. La seconde manière, qui revient au même, est de faire jusqu'à due concurrence compensation des sommes dont chacune des parties est débitrice, et de faire ensuite prélever sur la masse, par celle qui devait le moins, une somme pareille à celle dont la partie qui devait le plus s'est trouvée débitrice après ladite compensation faite. Par exemple, l'un des époux doit 10,000 fr. à la communauté, l'autre époux n'en doit que 6,000 : les deux dettes se compensent jusqu'à 6,000 fr., et il reste une différence de 4,000 fr. en faveur de celui qui n'en devait que 6,000 à la communauté. Celui-ci prélèvera donc cette somme de 4,000 fr. sur la masse à partager, et le surplus de la masse commune sera divisé entre les deux parties. Que si la dette contractée par les deux époux est égale, par exemple s'ils ont constitué chacun pour moitié une dot de 40,000 fr. à un enfant commun, la compensation sera complète

(1) V. *De la communauté*, n° 706.

relativement à la somme que chacune des parties a tirée de la communauté pour cette dot, et la masse commune sera divisée comme s'il n'était rien dû par les époux.

Mais il y a sur ce dernier mode de procéder une remarque très-importante à faire. Le système de compensation sur lequel il repose sera naturellement applicable dans la situation toute simple où il est présenté par Pothier; la libération réciproque des époux par la voie de la compensation est même le moyen le plus sûr de dégager la liquidation et de la rendre plus facile. Mais si la situation était compliquée de prélèvements à faire par les époux, ce système de compensation ne devrait pas être substitué à celui du rapport. « Ce rapport, dit très-bien M. Bugnet (1), quoique effectué par l'un et par l'autre, peut être fort utile au mari; car la femme devant exercer ses reprises sur la communauté d'abord, et subsidiairement sur le patrimoine du mari (comme nous l'allons voir tout à l'heure), celui-ci a le plus grand intérêt à ce que l'actif de la commuanuté soit suffisant pour les reprises de la femme : elle les exerce sur une masse dont elle-même a fourni la moitié, tandis que lorsqu'elle atteint le patrimoine du mari, celui-ci supporte toutes les charges. »

L'hypothèse d'une constitution de dot de 40,000 fr., faite pour moitié par chacun des époux, va mettre dans tout son jour l'intérêt du mari à ce que le système de libération réciproque, par voie de compensation, ne soit pas substitué au système du rapport. Dans cette hypothèse, le mari et la femme doivent chacun 20,000 fr. à la communauté. Supposons que d'un autre côté la communauté doive 60,000 fr. à la femme, et qu'à la dissolution son actif se porte à 20,000 fr. Dans cette position, que va-t-il arriver? Si la dette réciproque des deux époux s'éteint dans la compensation, la communauté n'aura que 20,000 fr. pour acquitter les 60,000 fr. dus à la femme, en sorte que le mari devra subir sur son patrimoine une action jusqu'à concurrence de 40,000 fr., nécessaires pour acquitter la créance de la femme. Si au contraire on procède par la voie du rapport, chacun des époux rapportant à la communauté les 20,000 fr. dont il est débiteur, la communauté présentera un actif suffisant pour désintéresser complétement la femme, et il n'en aura coûté au mari que les 20,000 fr. dont il aura fait le rapport.

827. *Reprises et prélèvements.* — De même que les époux ne peuvent pas s'enrichir aux dépens de la communauté, de même

(1) V. les notes sur Pothier, t. VII, p. 336, note 2.

la communauté ne peut pas s'enrichir aux dépens des époux; donc, si les époux doivent, avant tout partage, rapporter à la communauté tout ce qu'ils en ont retiré dans leur intérêt personnel, la communauté doit réciproquement souffrir la reprise ou le prélèvement, avant partage, des choses qui s'y trouvent confondues, bien qu'elles appartiennent aux époux, et de tout ce qu'elle doit à ces derniers. L'art. 1470 dit en conséquence : « Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève, 1° ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté. » Ici encore nous devons passer sous silence les applications dont cet article est susceptible. Nous avons fait connaître les différentes causes de propre (1) et la théorie des récompenses dues aux époux par la communauté (2) : l'art. 1470 ne fait que tirer la conséquence des principes que la loi a posés par rapport à ces deux objets; nous nous référons à cet égard à nos précédentes observations, et nous passons au mode d'opérer les reprises et les prélèvements.

828. Les art. 1471 et 1472 ont statué sur ce point. Aux termes de l'art. 1471 « Les prélèvements de la femme s'exercent *avant ceux du mari.* — *Ils s'exercent pour* les biens qui n'existent pas en nature, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté : dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. » — L'art. 1472 ajoute : « Le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté. — La femme et ses héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari. » Ainsi, la loi fait entre le mari et la femme une différence marquée : la femme est préférée au mari sous un double rapport. Elle lui est préférée d'abord, en ce qu'elle peut exercer ses reprises non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore, en cas d'insuffisance, sur les biens propres du mari, tandis que le mari, lui, ne peut jamais agir que sur les biens communs. Elle est préférée au mari, ensuite, en ce qu'elle passe la première lorsque les deux époux ont des reprises à faire, en telle sorte que si les reprises de la femme absorbent tous les biens de

(1) V. *suprà*, n^os^ 427 et suiv.
(2) V. *suprà*, n^os^ 705 et suiv.

la communauté, le droit du mari se trouve par cela même éteint. La privation absolue du pouvoir qui a tenu la femme constamment éloignée de l'administration, explique la préférence dont elle a été l'objet sous ce double rapport. Le système de la loi ainsi justifié, venons aux détails qu'il comporte.

829. Les reprises et les prélèvements de la femme doivent être exercés en nature toutes les fois que cela est possible. L'article 1471 dit, en effet, « ils s'exercent *pour les biens qui n'existent plus en nature*, d'abord sur l'argent, etc. » Donc, si les biens existent en nature, il n'y a pas lieu de recourir à l'argent comptant, et subsidiairement aux meubles et aux immeubles. Ainsi, en supposant que la reprise de la femme ait pour objet un corps certain, un propre, c'est ce corps certain qu'elle reprend s'il se trouve en nature, ou à défaut le bien qui aurait été acquis en remploi. Lorsqu'il n'y a pas eu de remploi, et que le propre n'existe pas en nature, la femme peut prendre à la place des biens de communauté, c'est-à-dire, de l'argent comptant, à défaut des meubles, et subsidiairement des immeubles. La position et le droit de la femme sont les mêmes, lorsqu'au lieu d'avoir à reprendre un corps certain, la femme est créancière d'une somme d'argent : elle peut également prendre, à la place de la somme qui lui est due, des objets en nature pris dans la communauté, et par conséquent de l'argent comptant, du mobilier ou des immeubles (1).

830. Dans toutes les hypothèses, l'ordre indiqué par le législateur par rapport aux choses qu'il affecte aux reprises de la femme doit être suivi; et, à moins que les parties n'y consentent d'un commun accord, on doit suivre également l'ordre dans lequel chacun des époux doit exercer ses reprises. En cela, le législateur s'est involontairement éloigné de la pensée de protection et de faveur qui domine dans la part qu'il a voulu faire à la femme. Il résulte, en effet, de cette combinaison que le mari, lorsque les deux parties ont à faire des reprises, a plus de chances d'être payé en immeubles, puisque la femme qui passe la première, doit exercer ses reprises, d'abord sur l'argent comptant, et ensuite sur le mobilier de la communauté. Or, les immeubles, en thèse générale, présentent plus d'avantages que les meubles;

(1) Toutefois le prélèvement en nature sur les biens de la communauté n'a lieu qu'autant que les biens dont elle se compose sont partageables en nature. Dans le cas contraire il y a lieu de procéder à la licitation. *Req. rej.*, 21 avril 1840 (aff. Caillaud).

en sorte que par la force même des choses, si la communauté a un actif suffisant pour les reprises des deux époux, le mari devra recevoir un payement plus avantageux que celui de la femme. Malgré cet inconvénient, qui d'ailleurs n'est pas assez grave pour qu'il ait dû frapper le législateur, la disposition de la loi doit être suivie, à moins de conventions contraires entre les parties.

831. Ce n'est pas à dire, cependant, que le texte de l'article 1471 ne soit susceptible d'aucune modification. Nous croyons, au contraire, qu'il doit être modifié, ou plutôt complété sous un double rapport. D'une part, en effet, le législateur, en attribuant à la femme le droit d'exercer ses reprises subsidiairement sur les immeubles de la communauté, lui permet de choisir entre ceux qui font partie du fonds commun ; mais il ne dit pas que le choix appartiendra également à la femme sur les meubles. S'ensuit-il que ce choix doive lui être refusé ? On ne saurait le croire : si le choix est déféré à la femme quant aux immeubles, à plus forte raison doit-il lui appartenir aussi quant aux meubles. C'était un point généralement admis sous l'ancienne jurisprudence : et tous les auteurs s'accordent à reconnaître qu'il en doit être de même aujourd'hui.

832. D'une autre part, même à l'égard des immeubles, le droit de choisir expressément accordé à la femme ne doit pas être exercé d'une manière absolue. Il faut avant tout qu'il y ait un certain rapport entre la valeur de l'immeuble et le montant de la reprise à exercer par la femme. Par exemple, il serait contraire à la raison de permettre à la femme créancière envers la communauté d'une somme de 8 à 10,000 fr., de prendre un immeuble qui en vaudrait 80,000, sauf à tenir compte, tandis qu'il y aurait parmi les biens communs un autre immeuble d'une valeur de 10 à 12,000 fr. La faculté donnée à la femme ne doit évidemment pas s'étendre jusque-là.

833. Soit qu'elle prenne des meubles, soit qu'elle prenne des immeubles, la femme les reçoit d'après une estimation faite aux frais de la communauté. Les meubles sont délivrés sur le pied de prisage, et les immeubles sont estimés, soit d'un commun accord, soit judiciairement, par experts. La femme reçoit la chose en payement suivant l'estimation et au prorata de ses droits.

834. Mais il faut noter que la femme le reçoit sous la réserve des droits acquis aux créanciers de la communauté. D'où il suit que malgré l'option faite par la femme, les créanciers peuvent saisir et vendre les biens de la communauté pour se

faire payer. Il n'y a pas de disposition, en effet, qui accorde à la femme, dans ce cas, un privilége tel que celui de prendre des biens en payement par préférence aux autres créanciers. Pour elle et pour les créanciers, la communauté est un débiteur commun : il est donc juste que ces derniers puissent agir, et que si la femme a des droits sur le prix de la vente, ces droits ne soient pas préférés à ceux de tiers qui ont avec elle la qualité commune de créanciers.

Cela d'ailleurs ne fait pas de difficulté en ce qui concerne le prix des meubles : on admet généralement que ce prix doit être distribué au marc le franc entre la femme et les tiers créanciers. Mais on conteste l'application du principe quant au prix des immeubles; à leur égard, on pense que la femme doit avoir le droit de préférence résultant de son hypothèque légale (1). Ce tempérament même est inadmissible, selon nous. L'hypothèque légale de la femme frappe limitativement les immeubles de son mari (C. civ., art. 2121). S'agit-il ici des immeubles du mari? Non; il s'agit d'immeubles appartenant à la communauté, d'immeubles qui n'ont même pas perdu leur qualité de conquêts, puisque dans l'hypothèse où nous sommes placés la femme a accepté la communauté. Or, par rapport aux conquêts, si l'on a cru devoir admettre généralement la subsistance de l'hypothèque légale de la femme dans le cas de renonciation à la communauté, question sur laquelle nous reviendrons au paragraphe suivant, il est certain aussi que l'opinion contraire a généralement prévalu dans le cas d'acceptation de la communauté (2). C'est qu'en effet, l'hypothèque légale sur les conquêts de la communauté est incompatible avec les pouvoirs exercés par le mari pendant la durée de la société conjugale, et avec le crédit dont il doit jouir dans l'intérêt même de l'administration des biens communs. Concluons donc que dans le cas proposé la femme ne serait pas fondée à invoquer son hypothèque légale pour être payée par préférence aux autres créanciers.

835. Nous avons parlé jusqu'ici des reprises exercées par la femme. Celles du mari sont soumises aux mêmes règles, sauf la différence ci-dessus indiquée, comme résultant de l'art. 1472,

(1) V. Angers, 2 décembre 1830 (aff. Ricordeau et Vayer). V. aussi MM. Zachariæ, t. III, p. 456, et Odier, t. I, n° 504.

(2) V. MM. Grenier, t. I, n° 248; Delvincourt, t. III, note sur la page 165; Persil, *Quest.*, t. I, p. 233; Duranton, t. XIV, n° 516, et t. XIX, n°s 329 et suiv.; Troplong, *Priv. et hyp.*, n° 433 ter; Valette, *Tr. des priv. et des hyp.*, t. I, p. 255 et suiv.

qui limite l'action du mari aux seuls biens de la communauté, tandis qu'il étend celle de la femme aux biens personnels du mari en cas d'insuffisance des biens communs. Mais l'action du mari ne doit pas être renfermée dans des limites plus resserrées. C'est un point que la cour de Caen a solidement établi, en décidant que les prélèvements que les époux communs en biens ont le droit d'exercer sur l'actif de la communauté, à raison de leurs biens propres, dont la valeur a été versée dans la communauté, constituent, non pas une simple créance, mais un droit de propriété qui s'exerce selon l'ordre prescrit par l'art. 1471, d'abord sur les sommes d'argent, puis sur le mobilier, et en cas d'insuffisance sur les immeubles; et qu'il en est à cet égard des prélèvements du mari comme de ceux de la femme (1).

836. Terminons sur les reprises et les prélèvements par quelques observations relatives à l'application de la loi fiscale. En thèse générale, l'époux qui exerce une reprise peut prendre en nature les biens de la communauté, et n'a pas à saisir ces biens pour se faire payer sur le prix. L'opération constitue donc une opération préalable au partage plutôt qu'un payement, et par suite le droit à percevoir se confond avec celui du partage (2). Mais il n'en est ainsi que tout autant que l'époux agit sur les biens de la communauté. Si la reprise s'exerce sur les biens personnels de l'un des conjoints, ce qui, on vient de le voir, ne peut avoir lieu que de la part de la femme, la thèse change. La femme agit alors contre son mari comme un créancier ordinaire, en sorte que si le mari donne un immeuble en payement, c'est comme s'il consentait la vente de cet immeuble pour le prix de la dette, car la femme n'avait pas le droit d'exiger cet immeuble; tout au plus pouvait-elle, comme un créancier ordinaire, saisir, et se faire payer sur le prix. La régie est donc fondée à prétendre le droit proportionnel de mutation (3).

837. On résout par la même distinction la question de savoir si les reprises matrimoniales de la femme peuvent être considérées comme une charge de la succession du mari, et partant, si les droits de mutation dus par une femme veuve héritière de son mari, doivent, par application de l'art. 15 de la loi

(1) V. Caen, 19 janvier 1832 (aff. Lemaître).

(2) Il a été cependant décidé que la clause d'un acte de liquidation de communauté, par laquelle des acquêts sont abandonnés à la femme acceptante ou à ses héritiers, en payement de ses droits, est de nature à être transcrite quoique équivalant à un partage. *Civ. cass.*, 6 mai 1840 (aff. de la Touche).

(3) V. M. Mourlon. p. 66.

du 22 frim. an VII, être liquidés sur le montant intégral de la succession sans distraction des reprises matrimoniales. Si les biens de la communauté sont insuffisants, de sorte que la femme soit obligée de s'en prendre aux biens personnels de son mari, la créance qui grève ces derniers biens au profit de la femme est une charge, et alors les reprises ne doivent pas être distraites pour la fixation du droit de mutation : c'est en ce sens que se prononce la cour suprême (1). Mais si les reprises de la femme peuvent s'exercer sur les biens de la communauté, on doit décider que les reprises ne sont pas une charge de la succession du mari, puisque la femme les exerce sur des biens à l'égard desquels elle a un droit de copropriété. La régie elle-même a consacré plusieurs fois la distinction (2).

838. *Partage*. — Lorsque les opérations préliminaires sont accomplies ; quand, d'une part, les parties ont fait raison à la communauté de ce qui en avait été retiré dans leur intérêt particulier ; quand, d'une autre part, la communauté a subi les reprises et les prélèvements auxquels chacune des parties avait droit, on a la masse à partager : et, à moins que les conventions matrimoniales aient assigné à chacun des époux des parts inégales dans la communauté (3), cette masse est partagée par moitié entre les époux ou leurs représentants. Ainsi dispose l'art. 1474, aux termes duquel : « Après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent. »

839. Néanmoins la règle n'est pas absolue : la loi y fait elle-même plusieurs exceptions.

La première est prévue par l'art. 1475, qui, statuant en vue de la dissolution de la communauté par la mort de la femme, place le mari survivant en présence de plusieurs héritiers de la femme prédécédée. En principe, le droit qu'avait la femme à la moitié des biens de la communauté est un droit essentiellement divisible, puisqu'il avait pour objet quelque chose de divisible. D'où la conséquence que lorsque la femme laisse plusieurs héritiers, le droit qu'elle avait à la moitié des biens communs se divise de plein droit entre ses héritiers. Par suite ceux-ci succèdent, chacun pour

(1) *Civ. cass.*, 2 oct. 1810 (aff. Chambré), et 18 mai 1824 (aff. de Cotignon).

(2) V. M. Masson de Longpré, *Code ann. de l'enreg.*, nos 697 et suiv.

(3) Les art. 1520 et suiv. permettent ce genre de convention et en règlent les effets. V. nos explications sur cet article, t. II, nos 314 à 348.

leur part héréditaire, dans la moitié attribuée à la femme. Cela est sans difficulté lorsque tous les héritiers de la femme acceptent la communauté.

Mais le principe du partage par moitié devait-il être également maintenu dans le cas où, des divers héritiers de la femme, les uns acceptent la communauté, tandis que les autres y renoncent? La part des renonçants devait-elle accroître aux héritiers acceptants, ou bien devait-elle profiter au mari survivant? La question était gravement controversée dans l'ancienne jurisprudence. Lebrun pensait que, dans cette hypothèse, il y avait lieu d'appliquer les règles d'accroissement entre les légataires d'une même chose (1). Pothier soutenait, au contraire, que le droit d'accroissement n'ayant lieu qu'entre les légataires *conjuncti re*, c'est-à-dire entre ceux à chacun desquels le testateur a légué la chose entière, ce droit n'était pas applicable à des héritiers qui, dès l'origine, n'avaient succédé chacun que pour leur part au droit de la femme dans la communauté (2). L'art. 1475, qui statue dans cette hypothèse, a consacré cette dernière solution. « Les raisons de Pothier ont prévalu, a dit M. Duveyrier dans son rapport au Tribunat (3), parce qu'elles ont cette vérité lucide qui force la conviction. — L'héritier de la femme qui renonce à la communauté n'a point renoncé à la succession de la femme; autrement il ne serait plus héritier. Cette renonciation à la succession, qui seule produit, même dans le Code civil, le droit d'accroissement entre cohéritiers, n'existe pas. La portion de la femme, dans la communauté, est divisible. La femme avait le double droit ou d'accepter ou de renoncer : ses héritiers exercent l'un et l'autre. Celui qui renonce est en présence du mari comme la femme qui aurait renoncé : l'acceptation des autres a de même l'effet qu'aurait eu l'acceptation de la femme. Si la femme renonce, sa part dans la communauté appartient à son mari. La renonciation de l'héritier n'étant que l'exercice du même droit, ne peut avoir que les mêmes résultats. »

L'art. 1475 dit en conséquence : « Si les héritiers de la femme sont divisés, en sorte que l'un ait accepté la communauté à laquelle l'autre a renoncé, celui qui a accepté ne peut prendre que sa portion virile et héréditaire dans les biens qui échoient au lot de la femme. — Le surplus reste au mari, qui demeure chargé

(1) *De la communauté*, liv. III, ch. II, sect. II, dist. 1, n° 6.
(2) *Ibid.*, n° 578.
(3) V. M. Locré, t. XIII, p. 366, n° 40.

envers l'héritier renonçant des droits que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation, mais jusqu'à concurrence seulement de la portion virile et héréditaire du renonçant. »

Le législateur statue dans deux hypothèses distinctes : l'une générale et embrassant tous les systèmes de communauté, l'autre particulière et relative à la communauté conventionnelle résultant de la stipulation prévue par l'art. 1514, qui permet à la femme de se réserver le droit de reprendre son apport même en cas de renonciation. Ainsi, la société conjugale dissoute par le décès de la femme constituait-elle une communauté légale ou une communauté réduite aux acquêts ? Les héritiers de la femme ont le droit qu'aurait eu la femme elle-même d'accepter la communauté ou d'y renoncer : s'ils acceptent, ils prennent la part de la femme et se la partagent entre eux, en sorte que s'ils sont quatre, par exemple, tous héritiers au même degré, ayant, par conséquent, un droit égal, ils ont chacun un huitième de la communauté ; si deux d'entre eux renoncent, tandis que les deux autres acceptent, la part des renonçants reste, *jure non decrescendi*, au mari, qui retient ainsi six huitièmes de la communauté, et les deux héritiers acceptants prennent chacun un huitième. La communauté dissoute par la mort de la femme était-elle modifiée par la stipulation de la reprise d'un apport, par exemple de 20,000 fr. que la femme avait mis dans la communauté, se réservant de les reprendre même en cas de renonciation ? Les quatre héritiers ont également le droit de répudier ou d'accepter la communauté : s'ils acceptent, les 20,000 fr. demeurent confondus dans le fonds commun pour être partagés avec les autres biens qui le composent, entre le mari et les héritiers de la femme ; s'ils renoncent, le mari demeure chargé de livrer les 20,000 fr. dont la reprise avait été stipulée ; si les héritiers sont divisés en sorte que tous n'acceptent pas la communauté, le mari demeure chargé vis-à-vis des renonçants des droits que la femme aurait pu exercer, mais seulement jusqu'à concurrence de la part héréditaire des acceptants, soit jusqu'à concurrence d'une somme de 2,500 fr. pour chacun d'eux.

840. L'art. 1477 fait une deuxième exception au principe du partage par moitié, lorsque, prévoyant le divertissement ou le recel par l'un des époux des effets de la communauté, il dit que « celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté, est privé de sa portion dans lesdits effets. » Quand y a-t-il divertissement ou recel, et quelle est l'étendue que comporte la pénalité dont ces faits ont été l'objet ?

841. Le fait par l'un des époux de détourner ou de dissiper les biens de la communauté, inventoriés ou non (1), dans le but de préjudicier aux intérêts de l'autre époux, constitue spécialement le *divertissement*. Le *recel* consiste plus particulièrement dans l'omission volontaire et calculée de comprendre dans l'inventaire un ou plusieurs effets de la communauté. Tout fait de recel ou de divertissement implique donc une intention frauduleuse qui ne peut être établie que par l'appréciation des circonstances. Il serait impossible de formuler, sur ce point, des règles générales.

Néanmoins, l'ancienne jurisprudence avait admis certains éléments de décision que l'on retrouve en très-grande partie consacrés par la jurisprudence moderne et qui, à ce titre, doivent être signalés.

En thèse générale, d'abord, les omissions qui se trouvaient dans l'inventaire auquel avait procédé le survivant des époux, ne passaient pour des recels et n'attiraient à l'auteur des omissions la peine de recel que lorsqu'il y avait lieu de les présumer malicieuses (2).

Elles étaient surtout considérées comme présentant ce caractère, lorsque la multitude des choses omises et la qualité de ces choses ne permettaient pas de penser qu'elles eussent échappé à la connaissance du survivant. Il en était de même lorsque les effets omis dans l'inventaire avaient été, depuis la mort ou même pendant la dernière maladie du prédécédé (3), détournés du lieu

(1) La cour de Paris a jugé cependant que la femme commune qui, *après l'inventaire*, a soustrait des titres de propriété ou autres objets inventoriés, dans l'intention de se les approprier exclusivement, n'est point par cela seul censée avoir diverti des biens communs, parce que, dit la cour, il n'y a divertissement ou recel que dans l'omission soit de déclarer à l'inventaire, soit de mettre pour lors en évidence un ou plusieurs objets de la communauté Paris, 5 niv. an XIII (aff. Godefroi). Cette décision ne doit évidemment pas être suivie. La loi ne distingue pas entre le divertissement qui a précédé l'inventaire et celui qui n'a été commis qu'après : ce qui est fort juste ; car quelle pourrait être la raison plausible de cette distinction ?

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 688.

(3) Ce dernier point a été expressément consacré par la jurisprudence moderne et même d'une manière plus générale. Il a été décidé en effet que le divertissement ou recel commis avant la dissolution de la communauté emporte l'application de l'art. 1477, s'il est constant qu'il a été fait en vue du décès et pour spolier la communauté. Paris, 14 janvier 1831 (aff. Garat) ; et la cour suprême a fait l'application de cette solution à la vente simulée consentie par le mari, même avant le décès de sa femme, d'objets dépendants de la commu-

où ils étaient et portés hors de la maison, ou cachés dans quelque recoin.

Mais ces omissions étaient considérées comme ne présentant aucun caractère de mauvaise foi, lorsque le survivant, de lui-même et sans y avoir été invité par une plainte ou une réclamation des parties intéressées, avait ajouté à l'inventaire les titres ou les effets qu'il avait d'abord omis d'y comprendre. Seul, parmi les auteurs modernes, M. Glandaz a pensé que cette règle équitable n'est pas susceptible d'être appliquée aujourd'hui (1). Mais la jurisprudence et l'opinion unanime des auteurs s'élèvent avec raison contre une doctrine qui, dans son inflexibilité, dépasse le but de la loi et peut même compromettre les intérêts que la loi a voulu protéger (2). Si tel époux a pu, dans une pensée frauduleuse, passer sous silence, lors de l'inventaire, certains effets de la communauté, tel autre a pu aussi ne faire l'omission que par oubli. Le système que nous combattons manque donc d'équité, puisqu'il ne fait aucune différence entre les deux situations. Il a un tort plus grave encore : il excite à la mauvaise foi celui qui d'abord n'en avait pas eu la pensée, et force l'autre à persister dans son omission frauduleuse ; car, d'un côté, l'omission leur offre la chance de conserver en totalité les choses omises, puisque le recel peut n'être pas découvert, et d'un autre côté ils ne gagneraient rien à rapporter les effets omis et à compléter l'inventaire de leur propre mouvement, puisque leur aveu rendrait par lui-même applicable la même peine que la découverte du recel ferait prononcer.

Mais la doctrine de M. Glandaz devient applicable lorsque le recel a été découvert et poursuivi par les héritiers de l'époux prédécédé. Il était de jurisprudence, avant le Code civil, que l'époux qui, tant que l'omission n'avait pas été découverte, pou-

nauté, dans la vue de se les approprier en totalité. *Req. rej.*, 5 avril 1832 (aff. Gémond).

(1) *Encycl.*, v° *Communauté conjugale*, n° 357.

(2) V. Paris, 5 avril 1839 (aff. Bosquain). Dans l'espèce, l'omission commise dans l'inventaire avait été réparée par le légataire de l'époux qui avait commis cette omission. Mais cette circonstance n'a été prise que comme une raison de plus de décider ; et en principe la cour a déclaré que la peine du recel n'est pas applicable à l'époux lui-même lorsque antérieurement à toutes réclamations ou poursuites il a rétabli les valeurs qui avaient été d'abord omises. V. *Conf.* MM. Merlin, *Rép.*, v° *Recelé*, n° 3 ; Dalloz, t. X, p. 237, n° 24 ; Bellot, t. II, p. 285 ; Battur, n° 702 ; Gilbert, *Code ann.*, sur l'article 1477, n° 5.

vait la réparer sans encourir la peine de recel, ne pouvait plus éviter cette peine en ajoutant à l'inventaire les effets recélés, dès que le recel ou le divertissement était constaté. « C'est ce qui a été jugé, dit Pothier (1), par un arrêt du 14 avril 1629, dans l'espèce duquel une veuve fut déclarée sujette à toutes les peines des recels, quoiqu'elle eût ajouté à l'inventaire les effets par elle détournés ; parce qu'elle ne les avait ajoutés que depuis la saisie qui en avait été faite par les héritiers de son mari. » La cour de cassation a fait l'application de cette règle en décidant que l'époux recéleur ne peut échapper à la peine de recel, alors même que sur la demande en restitution formée contre lui, il offrirait de restituer les effets recélés (2).

842. La peine du recel consiste, comme on l'a vu, dans la privation, pour l'auteur du recelé, de toute part aux effets divertis ou recelés. Ainsi, non-seulement l'époux survivant convaincu de recel doit ajouter à l'inventaire et rendre à la masse des biens communs ceux qu'il en avait voulu soustraire ; mais encore il perd sa part, qui doit être dévolue tout entière aux héritiers du prédécédé. Mais là s'arrête la pénalité. Nous ne saurions donc admettre la doctrine consacrée par la cour de Bordeaux, d'après laquelle la disposition de l'art. 1477 devrait être entendue en ce sens que les objets attribués privativement aux héritiers de l'époux prédécédé passeraient à ses héritiers, francs et quittes de toutes dettes, lesquelles dettes resteraient alors à la charge de l'auteur du recelé (3). L'art. 1477 ne va pas jusque-là. Il se borne à priver l'époux coupable de *sa part dans les effets recélés*. Or cette part, c'est une moitié de ces effets, sauf la charge des dettes proportionnellement ; c'est donc une part ainsi réduite par la contribution aux dettes qui doit passer aux héritiers de l'époux prédécédé : rien de plus, rien de moins (4).

Par cela même, nous croyons que si la cour de Bordeaux a dépassé la limite dans la solution rappelée, la cour de Colmar, au contraire, est restée en deçà en décidant que, lorsqu'un époux, légataire de l'usufruit des biens de son conjoint, divertit un effet de la communauté, il ne peut être privé que de sa portion dans l'effet diverti, mais qu'il doit conserver l'usufruit de la

(1) *De la communauté*, n° 691.

(2) V. *Req. rej.*, 10 décembre 1835 (aff. Gémond). V. aussi Paris, 27 juin 1846 (aff. Hemar et Postole c. Roussel).

(3) V. Bordeaux, 20 février 1841 (aff. Geneste).

(4) V. *Conf.* MM. Gilbert, *Code ann.*, sur l'art. 1477, n° 9, et Odier, t. I, n° 511.

portion de l'autre époux (1). La disposition de l'art. 1477 est générale et absolue : la privation que cet article impose à l'époux qui a tenté de divertir des effets dépendants de la communauté, porte sur la totalité de ces effets ; elle doit donc détruire tous les droits que l'époux pouvait avoir sur les objets détournés, à quelque titre que ces droits lui fussent parvenus. La jurisprudence s'est fixée en ce sens : nombre d'arrêts ont décidé que la privation encourue par l'époux spoliateur s'applique non-seulement à la part que cet époux aurait pu réclamer en qualité de commun en biens, mais encore aux droits qu'il tiendrait d'une libéralité à lui faite par son conjoint (2).

843. Le recel, il faut le remarquer, constitue un fait dommageable, un quasi délit, et non point un délit. De là une double conséquence : c'est, d'abord, que l'action n'est pas prescrite par l'expiration du laps de trois années, comme, en général, les actions résultant d'un délit, mais que la réparation peut être demandée tant que dure l'action civile, c'est-à-dire pendant trente ans (3) ; c'est, ensuite, que la déchéance prononcée par l'art. 1477 ne s'arrête pas à l'époux coupable, mais qu'elle atteint également les héritiers de cet époux (4).

Néanmoins la pénalité civile établie par l'art. 1477 est directement attachée au recel ou au divertissement ; elle doit donc être appliquée à toute personne qui a agi avec discernement. Ainsi la minorité de l'époux ne le sauverait pas de la sanction pénale établie par la loi. Quoique mineur, l'époux qui s'est rendu coupable de recel est tenu de réparer le tort qui est résulté de son quasi-délit pour son époux ou pour son conjoint. C'est ici le cas de dire avec les anciens auteurs, qui tous admettaient cette doctrine : *in delictis non attenditur minor ætas* (5).

844. Sauf les deux exceptions dont nous venons de parler, le partage de la communauté a lieu par moitié entre les deux époux. En quelle forme doit-il être procédé au partage ? L'article 1476 répond : « Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne sa forme, la licitation des immeubles quand il y a

(1) V. Colmar, 29 mai 1823 (aff. Nuffer).

(2) V. *Req. rej.*, 5 avril 1832 (aff. Gémond), et 4 décembre 1844 (aff. Melot) ; Paris, 25 juin 1828 (aff. Vazin), et 24 juin 1843 (aff. Bontron) ; Bourges, 10 février 1840 (aff. Poisle-Ducoury) ; Nancy, 10 décembre 1841 (aff. Bourquert).

(3) V. Paris, 24 juin 1843 (aff. Bontron).

(4) V. *Req. rej.*, 4 décembre 1844 (aff. Melot).

(5) V. *suprà*, n° 816, les autorités citées en note.

lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre des successions pour les partages entre cohéritiers. » Ainsi, le partage de la communauté doit être fait en justice, s'il y a des interdits, des mineurs ou des absents qui y soient intéressés; de même il faut recourir à la licitation quand les immeubles ne sont pas partageables sans perte; ainsi encore, lorsqu'il n'est pas possible de faire des lots parfaitement égaux, on décharge, pour rétablir l'égalité, les lots les plus forts d'une somme ou d'une valeur en faveur des lots les plus faibles; ainsi chacun des copartageants est censé avoir toujours possédé seul les effets tombés dans son lot; ainsi, il lui est dû garantie en cas d'éviction totale ou partielle; ainsi enfin, il y a lieu à l'action en rescision du partage si l'un des copartageants a été lésé de plus du quart (1).

Mais on reconnaît généralement que la disposition de l'article 841 ne peut être étendue à la cession faite par l'un des conjoints de sa part indivise dans la communauté (2).

845. C'est seulement lorsque le partage est consommé que les époux, s'ils se trouvent débiteurs l'un envers l'autre, pourront exercer leurs droits. Les donations que l'un des époux a pu faire à l'autre ne s'exécutent que sur la part du donateur dans la communauté et sur ses biens personnels (art. 1480). Il en sera ainsi de la créance que l'un des époux aurait sur l'autre, à quelque titre que ce fût. Ainsi disposent les art. 1478 et suiv., dont nous avons présenté le commentaire (3).

N° 2. — *Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes.*

Sommaire.

846. Il faut distinguer entre *l'obligation* qui a rapport aux créanciers, et la *contribution* aux dettes qui regarde les époux.

847. *Obligation aux dettes.* — En général, la femme n'est tenue que pour

(1) V. dans ce sens sur cette dernière application *Civ. cass.*, 14 avril 1807 (aff. Hudelot); Paris, 21 mai 1813 (aff. Gudry); Bourges, 29 mai 1830 (aff. Gabier).

(2) V. Metz, 17 mai 1820 (aff. Kieffer); Paris, 2 août 1821 (aff. Savoie); Bordeaux, 19 juillet 1826 aff. Lajarrige). — V. aussi MM. Merlin, *Rép.*, v° *Droits successifs*, n° 12; Toullier, t. XIII, n°s 204 et suiv.; Zachariæ, t. III, p. 49; Odier, t. I, n° 523. — V. cependant M. Battur, t. II, n° 796.

(3) V. *suprà*, n°s 730 et suiv.

moitié, et même si elle a fait inventaire, elle n'est tenue de cette moitié que jusqu'à concurrence de son émolument. — Art. 1483.

848. Ce qu'il faut entendre par l'émolument de la femme dans la communauté.

849. Comment se détermine le montant de l'émolument.

850. Des conditions auxquelles est subordonnée pour la femme la prérogative de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument.

851. En quoi cette prérogative diffère du bénéfice d'inventaire dans les successions.

852. La femme qui a payé au delà de la moitié n'a pas la répétition de l'excédant contre le créancier, s'il n'est constaté que le payement a été fait par erreur. — Art. 1488.

853. Exceptions diverses au privilége accordé à la femme par l'art. 1483.

854. Le mari est obligé au payement des dettes pour la totalité envers les créanciers. — Art. 1484.

855. Le principe s'applique même aux dettes contractées par la femme avec l'autorisation de la justice ou celle du mari.

856. Mais le mari n'est tenu que pour moitié des dettes de la femme antérieures au mariage et des dettes grevant les successions mobilières à elle échues. — Art. 1485.

857. Suite.

858. Exceptions communes au mari et à la femme relativement à la manière dont ils sont tenus des dettes envers les créanciers. — Art. 1489.

859. *Contribution aux dettes.* — En principe, les dettes entre les époux se répartissent par moitié. Celui qui a payé au dela a un recours en indemnité contre son conjoint. — Art. 1490, n° 2.

860. Toutefois il faut distinguer entre les dettes tombées dans la communauté à charge de récompense et celles qui y sont entrées sans récompense.

861. Du reste, la femme jouit également vis-à-vis de l'époux du privilége de n'être tenue de sa moitié que jusqu'a concurrence de son émolument.

862. Ce privilége est même plus étendu par rapport au mari que par rapport aux créanciers.

863. Suite.

864. Suite.

865. Les règles sur la contribution aux dettes peuvent être modifiées entre les époux. — Art 1490, § 1.

866. Droits et actions des héritiers des époux. — Art. 1491.

846. Aux termes de l'art. 1482, « les dettes de la communauté sont pour moitié à la charge de chacun des époux ou de leurs héritiers : les frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage, font partie de ces dettes. » Cet article pose un principe dont les articles suivants jusques et y compris l'art. 1491, contiennent le développement tant à l'égard de la femme et de ses héritiers que relativement au mari et à ses héritiers.

Mais il faut rappeler ici la remarque faite par la généralité des

auteurs sur la rédaction de cet art. 1482. Il ne dit pas que les époux ou leurs héritiers *sont tenus* pour moitié, comme le dit l'art. 873 à l'égard des héritiers ; il énonce seulement que les dettes sont *à la charge* des époux pour moitié, c'est-à-dire que les époux doivent *contribuer* aux dettes pour une moitié. Or, on ne doit pas confondre l'obligation aux dettes qui n'a de rapport qu'aux créanciers, avec la contribution aux dettes qui ne regarde que les associés. Ce sont là deux choses fort différentes, car il arrive souvent que l'obligation est plus forte que la contribution.

Nous parlerons donc successivement de l'obligation aux dettes et de la contribution.

847. *De l'obligation aux dettes.* — La position de la femme à cet égard n'est pas la même que celle du mari.

En général, la femme, sauf certaines exceptions qui seront ultérieurement indiquées, n'est tenue des dettes communes à l'égard des créanciers que pour la moitié. Encore même peut-elle n'être poursuivie, pour cette moitié, que jusqu'à concurrence de son émolument. L'art. 1483 du Code civil dit, en effet : « La femme n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait un bon et fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage. » Ainsi, a-t-elle négligé de faire inventaire, la femme est obligée, sur la poursuite des créanciers, de payer la moitié des dettes, dût cette moitié non-seulement dépasser son émolument, mais encore absorber tous ses biens propres (1) ; au contraire, a-t-elle fait inventaire, la femme ne doit aux créanciers rien de plus que son émolument dans la communauté. Voilà, par aperçu général, les obligations de la femme par rapport aux dettes communes. Venons aux détails.

848. La femme qui a fait inventaire est tenue des dettes communes seulement jusqu'à concurrence de son émolument. On doit se demander d'abord ce que c'est que l'émolument de la femme dans la communauté. Il faut entendre par là, la valeur de tout ce qui est tombé au lot de la femme, même à titre de

(1) On a même prétendu que le défaut d'inventaire avait pour effet d'obliger la femme à payer la totalité des dettes de la communauté. Cette prétention a été justement proscrite par la cour suprême. *Req. rej.*, 21 *décembre* 1830 (aff. Drouet-Chalus).

préciput, et la valeur de tout ce dont la femme s'est enrichie par suite du partage. Telle est la doctrine que Pothier a développée (1), et que le Code civil a résumée dans cette formule si brève qui termine l'art. 1483, « en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage. » Ainsi, l'émolument de la femme comprend les fruits et les revenus qu'elle a retirés des objets tombés dans son lot et les sommes dont elle était débitrice envers la communauté et qui lui ont été précomptées sur sa part.

Mais, d'un autre côté, l'émolument ne comprend pas les reprises exercées par la femme, ni les sommes que la femme a prélevées comme créancière de la communauté. Sans cela, les reprises et prélèvements ne resteraient pas toujours intacts entre les mains de la femme, et il ne serait plus vrai de dire alors qu'elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument.

849. Pour déterminer le montant de l'émolument, on doit estimer les objets compris dans le lot de la femme en se plaçant au jour du partage. En effet, c'est à ce moment que la position respective des parties s'est trouvée fixée : car, d'une part, les créanciers auraient pu poursuivre la femme immédiatement jusqu'à concurrence de la valeur de son lot, et d'une autre part, la femme aurait pu se libérer immédiatement en versant cette même valeur entre les mains des créanciers. Par suite, si depuis le partage les objets compris dans le lot de la femme avaient reçu une augmentation, cette augmentation ne profiterait qu'à la femme, les créanciers ne seraient pas fondés à la comprendre dans la mesure de leurs poursuites ; et réciproquement si ces objets avaient subi une détérioration depuis le partage, par la faute ou sans la faute de la femme, cette dépréciation devrait être supportée par la femme seule, les créanciers auraient le droit de n'en tenir aucun compte en exerçant leurs poursuites. C'est donc toujours eu égard à leur état et à leur valeur au jour du partage, que les objets compris dans le lot de la femme doivent être estimés.

Mais les créanciers ne sont point tenus de se contenter du prix d'estimation fixé par l'inventaire. Ils peuvent, au cas de dissentiment avec la femme, provoquer une estimation contradictoire à faire par des experts, soit qu'il s'agisse d'objets mobiliers, soit qu'il s'agisse d'objets immobiliers. Au contraire, la femme, qui

(1) V. *De la communauté*, nos 747 et 748.

a personnellement concouru à l'inventaire, est liée par l'estimation que les objets compris dans son lot y ont reçue. Toutefois, cela ne doit pas être pris dans un sens trop absolu. Il est certain, par exemple, que la femme devrait être admise à provoquer une estimation nouvelle, si les objets dont la valeur serait contestée avaient subi, avant le partage, une dépréciation qui ne pourrait pas lui être imputée (1).

850. La faculté, pour la femme, de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument dans la communauté, est subordonnée à la double condition de faire procéder à un inventaire et de rendre compte des objets à elle échus en partage, sans excepter ceux qu'elle a reçus et qui par erreur auraient été omis dans l'inventaire.

La loi n'a fixé ni la forme ni les délais dans lesquels l'inventaire doit être fait. Sous ce rapport, il faut se référer aux dispositions de l'art. 1456, dont il a été parlé déjà et auquel nous reviendrons au paragraphe suivant, en traitant de la renonciation à la communauté. Les formes de cet inventaire sont les mêmes que celles de l'inventaire imposé par cet article à la femme pour renoncer à la communauté. Les délais fixés par cet article doivent également être observés par analogie; ainsi l'inventaire devra être fait dans les trois mois de la dissolution de la communauté : fait après ce délai, l'inventaire ne présenterait plus aucune garantie aux créanciers, et la femme serait déchue vis-à-vis *des créanciers du bénéfice* que *lui* accorde l'art. 1483 (2). Dans tous les cas, il faut, sous la même sanction de la déchéance, que cet inventaire soit fidèle et exact : d'où la conséquence que si la femme avait diverti ou recélé des objets de la communauté, elle serait déchue du bénéfice qui lui a été accordé de n'être tenue de la moitié des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument.

851. Lorsque la femme a exactement rempli les conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de l'art. 1483, sa position est assez semblable à celle de l'héritier bénéficiaire. Néanmoins, il existe certaines différences entre les deux situations.

En premier lieu, l'héritier, pour acquérir le bénéfice d'inventaire, doit faire une déclaration au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession (art. 793). Une semblable déclaration n'est

(1) V. M. Zachariæ, t. III, p. 502.

(2) V. *Civ. rej.*, 24 mars 1828 (aff. Leroy); *Civ. cass.*, 22 décembre 1829 (aff. Schirmer), et *Req. rej.*, 21 décembre 1830 (aff. Drouet-Chalus).

pas nécessaire pour la femme. Celle-ci jouit de plein droit du bénéfice qui lui est accordé par la loi, lorsqu'elle a rempli les conditions auxquelles ce bénéfice est subordonné.

En second lieu, l'héritier est déchu du bénéfice d'inventaire lorsqu'il dispose des biens de la succession, même lorsqu'il aliène des meubles sans remplir certaines formalités judiciaires (C. civ., art. 805, C. p., art. 989). La femme n'est pas tenue de remplir ces formalités, et pourvu qu'elle agisse sans fraude et qu'elle rende compte des sommes provenant des aliénations, elle peut aliéner les objets tombés dans son lot sans compromettre le bénéfice que lui accorde l'art. 1483.

Enfin, le bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier empêche la confusion de son patrimoine avec celui du défunt; en sorte que les créanciers héréditaires ont toujours pour débiteur la succession que l'héritier est seulement tenu d'administrer, sauf la faculté pour lui de se décharger de son administration en abandonnant aux créanciers les biens de la succession (C. civ., articles 802, 803). Au contraire, le bénéfice dont parle l'art. 1483 n'empêche pas que la part de la femme dans la communauté ne se confonde irrévocablement avec le reste de son patrimoine. D'où il suit que les créanciers peuvent poursuivre leur payement, non-seulement sur les objets tombés dans le lot de la femme, mais encore sur tous ses autres biens propres. La femme n'est tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument, cela est vrai sans aucun doute; mais, dans cette mesure, la femme est tenue de cette moitié des dettes sur tous ses biens sans limitation. Par une conséquence ultérieure, nous arrivons à ce résultat, contesté par quelques auteurs (1), que la femme ne peut pas arrêter les poursuites des créanciers en offrant de leur abandonner ce qui lui reste des objets tombés en son lot.

852. Quoique la femme ne soit tenue en général que pour moitié des dettes communes, il est possible qu'elle paye au delà de cette moitié; la présomption est dans ce cas qu'elle a voulu payer la dette du mari. Aussi la femme n'a-t-elle pas de répétition contre le créancier pour l'excédant. Toutefois, si le fait venait démentir la présomption, s'il était prouvé par la quittance

(1) V. MM. Bellot, t. II, p. 322; Battur, t. II, n° 803, et Duranton, t. XIV, n° 489; Taulier, t. V, p. 162. Mais notre opinion est aussi celle de MM. Toullier, t. XIII, n° 245; Zachariæ, t. III, p. 503, et note 18; Mourlon, p. 72; Gilbert, *Code ann.*, sur l'art. 1483, n° 13; Odier, t. I, n° 557.

que la femme n'a entendu payer que pour elle et jusqu'à concurrence de ce dont elle était tenue, le payement devrait être considéré comme fondé sur une erreur, et l'action en répétition de l'excédant serait accordée à la femme contre le créancier. Telle est la disposition formelle de l'art. 1488, aux termes duquel : « La femme qui a payé une dette de la communauté au delà de la moitié, n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédant, à moins que la quittance n'exprime que ce qu'elle a payé était pour moitié. »

853. Comme nous l'avons dit, le principe que la femme est tenue pour moitié des dettes de la communauté, et jusqu'à concurrence de son émolument, souffre quelques exceptions.

La prérogative résultant, en faveur de la femme, de l'art. 1483, ne lui appartient pas à l'égard des dettes par elle contractées avec l'autorisation du mari, ou avec l'autorisation de la justice dans les cas exceptionnellement prévus par l'art. 1427, c'est-à-dire pour retirer le mari de prison et pour l'établissement d'un enfant commun. La femme personnellement obligée, vis-à-vis du créancier, peut donc, en ces divers cas, être poursuivie pour le tout. Il en est de même à l'égard des dettes qui procèdent originairement du chef de la femme, et qui étaient entrées dans la communauté par le seul effet du mariage. L'obligation qui existait de la part de la femme envers ses créanciers, avant le mariage, n'a pu subir aucune altération par le fait du mariage ; il n'y a donc pas de motif pour que la femme ne puisse pas, après la dissolution, être poursuivie dans la mesure même de son obligation. Enfin, la position est la même relativement aux dettes qui procèdent du chef de la femme, comme grevant les successions mobilières qui lui sont échues ou les donations mobilières à elle faites pendant la durée de la communauté.

Dans un autre ordre d'idées, nous trouvons les dettes que la femme a contractées avec son mari et à l'égard desquelles elle s'est engagée conjointement ou solidairement : ici encore l'exception à la règle de l'art. 1483 se produit ; mais cette exception agit d'une manière plus ou moins absolue. Comme le privilége résultant de cet article ne s'applique, quant aux créanciers, qu'aux dettes dont la femme est tenue en qualité de commune en biens, ce privilége ne peut être opposé à un créancier envers lequel la femme s'est personnellement obligée avec son mari. Cela étant, si la femme s'est engagée *conjointement* avec le mari, elle peut être poursuivie par le créancier pour une moitié, cette moitié fût-elle plus considérable que l'émolument de la femme dans la

communauté. Si la femme s'est obligée *solidairement* avec son mari, la solidarité produira son effet ordinaire et la femme pourra être poursuivie pour la totalité.

Telle est l'obligation de la femme aux dettes de la communauté ; nous verrons bientôt quand et dans quelle mesure elle peut exercer un recours contre son mari, après avoir payé sur la poursuite des créanciers. Mais avant, il faut voir comment le mari lui-même est tenu des dettes envers les créanciers de la communauté.

854. Malgré l'acceptation de la communauté par la femme et le partage de ce qui en dépend, le mari reste obligé au payement intégral de toutes les dettes dont la communauté se trouvait grevée. L'art. 1484 dit, en effet : « Le mari est tenu pour la totalité des dettes de la communauté par lui contractées, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers pour la moitié desdites dettes. »

855. L'art. 1484 parle, comme on voit, des dettes *contractées par le mari*. S'ensuit-il que le principe posé par cet article s'applique limitativement à ces dettes? En aucune manière. Le principe s'étend même aux dettes contractées par la femme soit avec l'autorisation du mari, soit avec l'autorisation de la justice, dans les cas prévus par l'art. 1427. On a vu, dans nos observations sur le passif de la communauté, qu'il faut assimiler ces sortes de dettes aux dettes contractées par le mari lui-même ; elles rentrent donc sous l'application du principe posé par l'art. 1484 ; par conséquent le mari en est tenu pour le tout vis-à-vis des créanciers (1).

856. Toutefois, il est fait une exception partielle à ce principe, relativement aux dettes de la femme antérieures au mariage, et aux dettes qui grevaient les successions ou les donations mobilières échues ou faites à la femme pendant la durée de la communauté. En effet, aux termes de l'art. 1485, « le mari n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme et qui étaient tombées à la charge de la communauté. » Les rédacteurs du Code ont rejeté par là une opinion qui tendait à prévaloir sous l'ancienne jurisprudence et contre laquelle Pothier s'était élevé. « A l'égard des dettes de la communauté qui procèdent du chef de la femme, telles que sont celles qu'elle a contractées

(1) Cette solution s'induit des observations présentées par le tribunat sur l'art. 1484. V. M. Locré, t. XIII, p. 254. Toutefois cette solution est contredite, v. M. Mourlon, p. 72.

avant son mariage, et celles des successions qui lui sont échues durant la communauté, disait Pothier (1), il y en a qui pensent que le mari ayant été débiteur, pour le total de ces dettes, envers les créanciers, en sa qualité de chef de la communauté, il continue de l'être après la dissolution de la communauté. Je pense, au contraire, que le mari n'ayant pas lui-même contracté ces dettes, n'en ayant été débiteur qu'en sa qualité de chef et seigneur de la communauté, cette qualité venant à se restreindre, par la dissolution de la communauté (lorsqu'elle est acceptée par les héritiers de la femme), à celle de commun pour moitié, il ne doit plus demeurer débiteur que pour moitié envers les créanciers... » On voit que c'est précisément la doctrine que le Code civil a consacrée.

857. Mais Pothier y apportait un tempérament : « ..... Sauf, ajoutait-il, que si les biens de communauté, échus par partage aux héritiers de la femme, n'étaient pas suffisants pour acquitter l'autre moitié, le mari serait encore tenu envers les créanciers de ce qui s'en manquerait, comme il l'est envers lesdits héritiers. » Ce tempérament doit-il être appliqué encore? Quelques auteurs se prononcent pour l'affirmative, qu'ils considèrent comme résultant du principe posé dans l'art. 1483 (2). Mais l'art. 1485 est rédigé en des termes si absolus, qu'il ne paraît guère possible d'admettre le correctif dont il s'agit ici. Ajoutons que l'art. 1483 s'occupant exclusivement des dettes de la communauté, il ne paraît guère possible non plus de le considérer comme se rattachant en quoi que ce soit à l'art. 1485, où il est question de dettes personnelles à la femme, de dettes qui peuvent par conséquent, comme nous l'avons vu plus haut, être poursuivies pour le tout sur cette dernière (3).

858. Il nous reste à compléter les notions relatives à la manière dont les époux sont tenus des dettes vis-à-vis des créanciers, en signalant quelques exceptions communes à l'un et à l'autre.

Celui des deux qui, d'après les règles précédentes, serait tenu envers les créanciers seulement pour la moitié d'une dette commune, peut néanmoins, par exception, être poursuivi pour la

(1) *De la communauté*, n° 730.

(2) V. MM. Toullier, t. XIII, n° 241, et Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 369, note 2.

(3) *Conf.* MM. Battur, t. II, n° 799; Zachariæ, t. III, p. 499, et note 4; Odier, t. I, n° 539.

totalité dans certains cas particuliers. Il en est ainsi lorsque la dette a été contractée dans son intérêt personnel, et comme cela résulte de l'art. 1489, lorsque la dette est garantie par une hypothèque affectant des immeubles qui proviennent de la communauté et dont l'un des époux se trouve détenteur. L'indivisibilité de l'hypothèque est ici le fondement de l'exception. — D'après cela, on pourrait dire que l'exception dont il s'agit ici est également applicable dans le cas où la dette réclamée contre l'un des époux est indivisible. Tel est l'avis de M. Zachariæ (1). Toutefois, la cour de Bruxelles a jugé que la femme ou ses héritiers ne sont tenus des obligations, même indivisibles, contractées par le mari pendant le mariage, que jusqu'à concurrence de leur émolument dans la communauté (2).

859. *Contribution aux dettes.* — La question ici est de savoir comment les époux doivent supporter définitivement les dettes, et dans quelle mesure ils doivent contribuer au payement.

Le principe général est qu'entre les époux les dettes communes se répartissent par moitié, et que chacun d'eux n'est tenu d'y contribuer que pour moitié. Telle était la règle suivie dans l'ancienne jurisprudence, et elle a été consacrée par l'art. 1482 du Code civil. La règle d'ailleurs était applicable, et elle l'est encore aujourd'hui, aux dettes dont l'un des époux est tenu en totalité envers les créanciers; par suite, celui des époux qui a acquitté, soit volontairement, soit forcément, au delà de la moitié d'une dette commune, a pour l'excédant un recours en indemnité contre son conjoint (C. civ., art. 1490, § 2). Ainsi, après la dissolution de la communauté, le mari a-t-il payé en totalité une dette de la communauté, en fût-il tenu pour la totalité vis-à-vis des créanciers en ce qu'il l'aurait contractée lui-même, il n'en aurait pas moins un recours contre la femme ou ses héritiers pour la portion dans laquelle ils doivent contribuer au payement de la dette. A l'inverse, la femme a-t-elle acquitté pour le tout une dette de la communauté, par exemple une dette qui procédait de son chef, elle a également un recours contre son mari ou ses héritiers pour ce qu'elle a payé en sus de sa part.

860. Toutefois il faut distinguer pour l'application de cette règle entre les dettes qui sont tombées dans la communauté sans récompense et celles qui n'y sont tombées qu'à la charge de récompense. La règle est absolue quant aux premières; mais

(1) T. III, p. 505.
(2) V. Bruxelles, 29 août 1807 (aff. Erman c. Ryl).

elle souffre exception pour les secondes, si l'époux du chef duquel la dette est tombée dans la communauté, n'avait pas, au moment du partage, fait raison de la récompense qu'il devait au fonds commun; dans ce cas, la dette doit être définitivement supportée par le conjoint débiteur, en sorte que, si le payement a été effectué par lui, il n'a pas de recours contre son conjoint; et que, au contraire, il doit indemniser ce dernier s'il a été poursuivi de tout ce qui a été payé par lui à sa décharge.

861. Remarquons en outre que, même par rapport aux dettes tombées dans la communauté sans récompense, il y a une différence entre le mari et la femme. Le mari est tenu de la moitié sans aucune limite; mais la femme jouit même vis-à-vis de son mari du privilége de n'être tenue de la moitié que jusqu'à concurrence de son émolument dans la communauté. Ainsi, la dette était de 40,000 fr. dans une communauté dont l'actif s'élevait seulement à 30,000. Si le mari, poursuivi par le créancier, a acquitté la dette en totalité, il aura un recours contre la femme sans doute; mais ce recours sera, non pas de 20,000 fr., moitié de la dette, mais de 15,000 fr., formant l'émolument de la femme dans la communauté.

862. Cette prérogative de la femme est même plus étendue vis-à-vis du mari qu'à l'égard des créanciers. On sait que, relativement aux créanciers, la femme est déchue de son privilége si elle a négligé de faire un bon et loyal inventaire. Par rapport au mari, on tient assez généralement que l'acte de partage peut remplacer l'inventaire et sauver de toute déchéance la prérogative de la femme (1).

863. En outre, le bénéfice de la femme, par rapport au mari, s'étend à toutes les dettes de la communauté, tant à celles qui y sont entrées du chef de la femme qu'à celles qui y sont tombées du chef du mari. Il s'étend même aux dettes dont la communauté est débitrice envers la femme, c'est-à-dire aux récompenses ou indemnités. « La femme qui accepte la communauté, dit Pothier (2), ne fait confusion sur elle de la moitié de ses reprises de propres qui lui sont dues par la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la com-

(1) V. Pothier, *De la communauté*, n° 745. V. aussi MM. Toullier, t. XIII, n° 250; Duranton, t. XIV, n° 489; Zachariæ, t. III, p. 506; Taulier, t. V, p. 161; Odier, t. I, n° 562. V. cependant MM. Battur, t. II, n° 804, et Dalloz, t. X, p. 261, n° 9.

(2) V. *loc. cit.*, n° 740.

munauté. Lorsque les biens de la communauté ne sont pas suffisants pour les acquitter, elles doivent, pour le surplus, être acquittées sur les biens propres du mari ou de ses héritiers. »

864. La femme qui, forcément ou volontairement, a payé une dette commune au delà de son émolument, a un recours en indemnité de l'excédant contre son mari, en vertu de l'article 1490, dont la deuxième disposition est générale et s'applique à tous les cas.

865. Au surplus, ce qui précède sur la contribution aux dettes ne fait pas obstacle aux conventions particulières entre les époux. L'art. 1490, § 1, dit en effet : « Les dispositions précédentes ne font point obstacle à ce que, par le partage, l'un ou l'autre des copartageants soit chargé de payer une quotité de dettes autres que la moitié, même de les acquittter entièrement.» Toutefois, les conventions à cet égard ne peuvent point être opposées aux créanciers : et même la convention serait susceptible de rescision, s'il en résultait une lésion de plus du quart au préjudice de l'un des époux.

866. Terminons en rappelant que « tout ce qui est dit ci-dessus à l'égard du mari ou de la femme a lieu à l'égard des héritiers de l'un ou de l'autre ; et ces héritiers exercent les mêmes droits et sont soumis aux mêmes actions que le conjoint qu'ils représentent. » (Art. 1491).

§ 2. — De la renonciation à la communauté, des conditions y relatives et de ses effets.

Sommaire.

867. Division.
868. *Qui peut renoncer à la communauté.* — Ce droit appartient à la femme.
869. Il appartient aussi à ses héritiers.
870. Et à ses ayants-cause.
871. Suite.
872. Mais le droit n'appartient pas au mari, même quand il est héritier de sa femme.
873. *Conditions de la renonciation.* — Les choses doivent être entières.
874. En outre, la renonciation doit être sincère. — Art. 1460.
875. Enfin il doit être procédé à un inventaire dans les trois mois du jour du décès du mari. — Art. 1456.
876. Suite.
877. Si la veuve meurt sans avoir fait ou terminé l'inventaire, un nouveau délai est accordé aux héritiers.
878. L'obligation de faire inventaire n'existe pas en cas de dissolution de la communauté par la séparation de corps ou de biens.

879. La renonciation doit avoir lieu dans les quarante jours à dater de la clôture de l'inventaire.
880. Toutefois le délai n'est pas fatal. Le droit de renoncer ne se prescrit que par trente ans.
881. Les mêmes délais appartiennent aux héritiers de la veuve.
882. De la renonciation dans le cas de dissolution par la mort civile du mari. — Art. 1462.
883. *Formes de la renonciation.* — Texte de l'art. 1457.
884. Suite.
885. *Effets de la renonciation.* — La renonciation agit rétroactivement.
886. La femme perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. Exception à l'égard du linge et des hardes. — Renvoi.
887. Des reprises à exercer par la femme ou par les héritiers renonçants. — Art. 1493 et 1495.
888. La femme a-t-elle dans tous les cas une hypothèque légale pour sûreté de ces reprises?
889. Comment et dans quelle mesure la femme renonçante est déchargée des dettes. — Art. 1494.
890. De même que l'acceptation, la renonciation est irrévocable.
891. Exceptions au principe de l'irrévocabilité.
892. Suite.
893. Suite.
894. Suite.
895. Du droit d'enregistrement
896. Suite.
897. Suite.

867. Ici, comme par rapport à l'acceptation dont nous avons parlé au paragraphe précédent, nous avons à examiner successivement qui peut renoncer à la communauté, quelles conditions sont nécessaires pour la validité de la renonciation, quelles en sont les formes, et quels effets elle produit. Nous compléterons ensuite nos observations par l'exposé des règles concernant l'application des lois fiscales.

868. *Qui peut renoncer à la communauté?* — « Le mari, dit Pothier (1), ayant seul, pendant que la communauté dure, le droit d'en disposer et de la charger des dettes, sans le gré et la participation de la femme, on trouve qu'il serait injuste qu'un mari dissipateur pût, en contractant des dettes immenses, engager ou même absorber entièrement les propres de sa femme, sans que la femme pût se décharger desdites dettes par la renonciation à la communauté. » C'est sur ce fondement que la nouvelle coutume de Paris, généralisant un privilége dont l'an-

(1) *De la communauté*, n° 550.

cienne coutume semblait avoir restreint le bénéfice aux seules femmes nobles, disposa, par l'art. 237, qu'il était « loisible à toute femme noble ou non noble de renoncer, si bon lui semblait, après le trépas de son mari, à la communauté de biens d'entre elle et son mari, la chose étant entière. » Le Code civil, acceptant cette tradition, a aussi déclaré qu'après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants-cause, ont la faculté de renoncer à la communauté et même que toute convention contraire est nulle (art. 1453). Ce privilége complète la série des avantages accordés à la femme comme susceptibles de contre-balancer les pouvoirs si étendus qui appartiennent au mari pendant la durée de la société conjugale, ou du moins de conjurer les dangers résultant d'un exercice abusif de ces pouvoirs. La femme peut d'abord demander la séparation de biens; elle peut ensuite, même en acceptant la communauté, y restreindre ses pertes à la part qu'elle prend; enfin, elle peut renoncer à la communauté.

Cela posé que la femme peut, même en acceptant la communauté, être tenue des dettes seulement jusqu'à concurrence de son émolument, on s'est demandé quel intérêt elle pouvait avoir à renoncer à la communauté, et s'il était bien nécessaire que le législateur, s'écartant du droit commun en matière de société, accordât à l'un des membres de la société conjugale le privilége de renoncer à la communauté et par suite de se décharger de toute contribution aux dettes. On comprend qu'il peut être de l'intérêt de la femme de n'être pas réputée acceptante, ne fût-ce que pour s'exonérer d'une liquidation qui peut, après le payement des dettes et des charges de la communauté, ne lui laisser absolument rien. En outre, l'intérêt est plus puissant encore dans le cas où la femme a stipulé la reprise de ses apports même en renonçant. En présence d'une telle clause dont la stipulation se rencontre fréquemment dans les contrats de mariage, on le comprend, il y a un avantage incontestable pour la femme à reprendre immédiatement ses apports plutôt que de partager la communauté dans laquelle ces apports se trouvent confondus (1).

869. La faculté de renoncer n'appartient pas seulement à la femme, elle appartient aussi à ses héritiers lorsqu'elle est décédée. Le texte ci-dessus reproduit de la coutume de Paris ne s'en était pas expliqué; mais la coutume d'Orléans, qui, rédigée

(1) V. M. Duranton, t. XIV, n° 437.

par les mêmes commissaires, servait généralement à l'interprétation de celle de Paris, avait comblé cette lacune. Cette coutume disait, en effet: « Il est loisible à la femme noble ou non noble, après le décès de son mari, *ou à ses héritiers si elle prédécède*, de renoncer si bon lui semble, à la communauté de biens d'elle et dudit mari, la chose étant entière. » L'art. 1453 du Code civil a adopté ce principe, et par là, il a écarté la distinction que faisaient quelques autres coutumes entre la femme à laquelle la renonciation était permise, et ses héritiers auxquels elle était interdite si elle ne leur avait pas été formellement réservée. « Notre projet, a dit M. Berlier dans son exposé des motifs (1), n'a point admis cette distinction et ne devait point l'admettre. En effet, la loi n'a introduit la faculté dont il s'agit qu'en considération des différences qui existent entre la communauté conjugale et les autres sociétés. — Dans la communauté conjugale, le mari est maître absolu ; la femme ne peut s'opposer à aucun de ses actes : en un mot, après avoir mis dans la masse commune son mobilier, la jouissance de ses immeubles et son travail, tous les droits de la femme se réduisent à l'espoir de partager les bénéfices s'il y en a. — Rien donc de plus juste que la faculté dont il s'agit ; mais sa justice n'est pas seulement relative, elle est absolue et n'appartient pas moins aux héritiers de la femme qu'à la femme elle-même. Quels seront-ils d'ailleurs ces héritiers ? Le plus souvent ce seront les enfant du mariage, dignes sous ce rapport de toute la faveur des lois. »

870. L'art. 1453 parle non-seulement de la femme et de ses héritiers, mais encore de ses ayants-cause. L'ayant-cause est celui qui agit non point de son chef personnel et directement en vertu de son titre, mais comme représentant une personne de laquelle il tient ses droits et sa qualité. D'après cela, quels sont, par rapport à la renonciation, les droits des créanciers de la femme ? Les art. 1166 et 1167 donnent la solution. Le premier de ces articles admet les créanciers à exercer tous les droits et actions de leur débiteur ; le second les autorise à attaquer, en leur nom personnel, les actes faits en fraude de leurs droits. Dans le premier cas, les créanciers sont ayants-cause, puisqu'ils n'agissent point directement en vertu de leur titre, mais comme représentant leur débiteur ; dans le second, au contraire, ils sont simples tiers, puisqu'ils n'agissent qu'en leur nom personnel et nullement en celui de leur débiteur. Il résulte de là que si la

(1) V. M. Locré, t. XIII, p. 285, n° 20.

femme n'a pas répudié la communauté, le créancier peut renoncer de son chef comme exerçant ses droits, que si, au contraire, la femme a renoncé, il ne peut qu'agir en son nom personnel pour faire annuler sa renonciation, à la charge toutefois d'établir que l'acte de la femme a été fait en fraude de leurs droits. Nous reviendrons sur ce dernier point en expliquant l'article 1464.

871. Nous considérons encore comme ayant-cause le légataire universel ou à titre universel, parce qu'il est successeur *in universum jus*, et qu'il représente la personne. Mais nous ne reconnaissons pas ce caractère dans le cessionnaire de la femme. Il est lié par le fait de celle-ci, et comme elle a fait acte de commune en lui transportant ses droits sur la communauté, le cessionnaire ne pourrait pas renoncer plus tard, l'acceptation étant irrévocable (1).

872. A peine est-il nécessaire d'ajouter que le mari n'a pas le droit de renoncer : la raison en est simple. Seul, le mari a eu l'administration de la communauté ; il a contracté lui-même toutes les dettes ; il doit donc être toujours là pour répondre de sa gestion. La règle est absolue, tellement que même s'il était héritier de sa femme, le mari ne pourrait pas encore du chef de celle-ci, renoncer à la communauté (2).

873. *Conditions de la renonciation.* — Pour que la femme, ses héritiers ou ayants-cause puissent renoncer à la communauté, plusieurs conditions sont nécessaires.

Il faut d'abord que les choses soient encore entières, c'est-à-dire que la femme n'ait pas pris qualité ; car, si elle avait fait acte d'acceptation, sa renonciation ne serait plus recevable. Ce point est établi au paragraphe précédent.

874. Il faut, en second lieu, que la renonciation soit sincère, c'est-à-dire que la femme ne doit faire aucun acte d'immixtion ; car la renonciation ne produirait pas d'effet si la femme avait pris, détourné, diverti ou recélé quelque objet de la communauté (C. civ., art. 1460). Nous avons également établi ce point au paragraphe précédent, où nous disons quels sont les actes constitutifs de recel ou de divertissement.

875. Enfin, la femme, si elle veut conserver la faculté de renoncer, doit faire procéder, dans les trois mois du jour du décès du mari, à un inventaire fidèle et exact de tous les biens

(1) *Conf.* M. Toullier, nos 200 et 201.
(2) *Civ. cass.*, 9 mars 1842 (aff. Guenin).

de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés. Cet inventaire doit être par elle afffrmé sincère et véritable lors de la clôture devant l'officier qui l'a reçu (art. 1456). Ces dispositions s'appliquent également aux héritiers de la femme. L'obligation de faire inventaire est de toute rigueur. C'est à cette condition seulement que la loi permet à la femme et à ses héritiers et ayants-cause de renoncer à la communauté et qu'elle les affranchit, s'ils acceptent, de l'obligation de payer les dettes au delà de leur émolument. La jurisprudence présente des décisions nombreuses qui consacrent la déchéance, et parmi ces décisions, il en est qui vont jusqu'à déclarer que le défaut d'inventaire ne comporte pas l'excuse d'erreur (1). Des circonstances particulières ont fait quelquefois fléchir le principe, par exemple l'absence de la femme au moment du décès du mari, etc. (2). Mais, motivées sur des circonstances exceptionnelles, les décisions qui ont été rendues dans ces divers cas, n'altèrent pas la rigueur du principe, suivant lequel la confection de l'inventaire est une formalité nécessaire pour la conservation du droit de renoncer.

876. Lors de la clôture de l'inventaire, la femme doit l'affirmer sincère et véritable devant l'officier public qui l'a reçu. Toutefois cette obligation n'est pas de l'essence de l'inventaire ; l'on peut tout au plus trouver une présomption d'inexactitude dans le défaut d'affirmation ; mais l'absence de cette formalité ne doit pas suffire pour empêcher la renonciation de produire son effet légal, si d'ailleurs l'inventaire est fidèle et exact (3).

877. Si la veuve meurt avant l'expiration des trois mois sans avoir fait inventaire ou sans l'avoir terminé, les héritiers ont un nouveau délai de trois mois pour accomplir la formalité, délai qui court à partir du décès de la veuve (art. 1461). Ce délai se confond, du reste, avec celui que la loi accorde aux héritiers de la veuve pour faire inventaire et délibérer sur l'acceptation de la succession : les héritiers n'ont droit qu'à un seul délai pour le tout (4).

878. Mais les règles ci-dessus s'appliquent seulement au cas de dissolution de la communauté par la mort du mari ou de la

(1) V. Paris, 2 avril 1816 ; Limoges, 19 juin 1835 ; *Req. rej.*, 24 mars 1828 ; *Civ. cass.*, 22 décembre 1829. — V. aussi Bruxelles, 18 mai 1811.

(2) V. Metz, 24 juillet 1824 ; Bordeaux, 24 février 1829 ; Colmar, 28 février 1838.

(3) V. l'arrêt précité de la cour de Bordeaux, du 24 février 1829.

(4) V. M. Duranton, t. XIV, n° 455.

femme. L'obligation de faire inventaire n'existe pas, en effet, si la communauté est dissoute par la séparation de corps ou de biens. Cela est évident, puisque la présomption de renonciation est expressément attachée, dans ce cas, à l'expiration de trois mois et quarante jours sans que la femme ait manifesté l'intention d'accepter la communauté. Telle était aussi la règle sous l'ancienne jurisprudence. Lorsque c'est du vivant du mari, dit Pothier (1), par une sentence de séparation que la dissolution de communauté arrive, la femme peut renoncer à la communauté sans inventaire, parce que ce n'est pas elle, en ce cas, c'est le mari qui se trouve en possession des effets de la communauté.

Par la même raison, les héritiers de la femme peuvent renoncer à la communauté sans inventaire, lorsque la dissolution de la communauté arrive par le prédécès de la femme. La jurisprudence confirme cette dernière solution (2).

879. En fixant le délai dans lequel doit être fait l'inventaire, l'art. 1457 a fixé aussi celui dans lequel la renonciation peut avoir lieu. C'est dans les quarante jours qui s'écoulent depuis la clôture de l'inventaire, que la femme, à laquelle ces quarante jours sont donnés pour délibérer, peut déclarer sa renonciation. Toutefois, la loi, prévoyant l'insuffisance de ce délai, ajoute que la femme peut, suivant les circonstances, demander au tribunal de première instance une prolongation qui est prononcée, s'il y a lieu, contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés (art. 1458). Le juge jouit, à cet égard, d'un pouvoir discrétionnaire : il peut, dans sa sagesse, accorder ou refuser la prorogation.

880. Mais dans tous les cas, il faut le remarquer, le délai dont il s'agit n'est point fatal. Il a été accordé à la femme pour la mettre à couvert des poursuites des créanciers : c'est une exception dilatoire dont elle est armée, et à l'aide de laquelle elle peut faire écarter comme prématurée toute demande dirigée contre elle. D'après cela, bien que le délai soit expiré sans que la femme ait fait son option, elle peut encore renoncer. L'article 1459 dit, en effet : « La veuve qui n'a pas fait sa renonciation dans le délai ci-dessus prescrit, n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si elle ne s'est point immiscée, et qu'elle ait fait inventaire ; elle peut seulement être poursuivie comme commune jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle doit les frais faits contre

(1) V. *De la communauté*, n° 561.
(2) V. Rouen, 10 juillet 1826, et Grenoble, 12 février 1830.

elle jusqu'à la renonciation. Elle peut également être poursuivie après l'expiration des quarante jours depuis la clôture de l'inventaire, s'il a été clos avant les trois mois. » Mais la femme ne peut plus renoncer lorsqu'elle a laissé s'écouler trente ans sans faire la renonciation : l'art. 789, qui dispose sur les renonciations à succession, doit être étendu aux renonciations à communauté (1).

881. Les mêmes délais appartiennent aux héritiers de la veuve. Nous avons vu qu'ils ont trois mois pour faire inventaire, lorsque la veuve est morte avant de l'avoir fait elle-même ou de l'avoir terminé. L'art. 1461, n° 2, leur accorde également un nouveau délai de quarante jours, à partir du décès de la veuve, si celle-ci meurt ayant terminé l'inventaire. Mais ici la disposition de la loi peut n'être pas en harmonie avec la règle, d'après laquelle un délai de trois mois et de quarante jours, est laissé aux héritiers pour faire inventaire et délibérer sur l'acceptation de la succession. Si les héritiers, dans l'hypothèse prévue par la seconde disposition de l'art. 1461 n'ont qu'un délai de quarante jours pour prendre parti sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté, il n'est plus vrai de dire qu'ils ont un délai de trois mois et de quarante jours pour accepter ou répudier la succession, puisque la communauté faisant partie de la succession, ils ne peuvent la répudier sans faire par cela même acte d'héritier. Pour expliquer l'art. 1461, on suppose que cet article raisonne dans l'hypothèse où les héritiers de la femme ont accepté déjà sa succession avant l'expiration des quarante jours : c'est alors seulement que les héritiers n'auraient que quarante jours à partir du décès pour délibérer sur le parti à prendre relativement à la communauté.

882. Toutes ces règles s'appliquent aux femmes des individus morts civilement; elles ont les mêmes délais pour faire inventaire et délibérer; mais ces délais courent à partir du moment où la mort civile a commencé (art. 1462), c'est-à-dire, à compter de l'exécution soit réelle, soit par effigie si la condamnation est contradictoire, et si elle est par contumace, à compter du jour de l'expiration des cinq ans accordés au condamné pour se représenter.

883. *Formes de la renonciation.* — Il faut distinguer entre la dissolution de la communauté par la mort du mari ou de la femme, et la dissolution qui a lieu par la séparation de corps ou

(1) V. Paris, 11 août 1825.

de biens. Si la communauté est dissoute par la mort du mari ou de la femme, la renonciation doit être faite au greffe du tribunal de première instance, dans l'arrondissement où le mari avait son domicile. Cet acte est inscrit sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession (art. 1457).

884. Si la communauté est dissoute par la séparation de corps ou de biens, l'art. 874 du Code de procédure dit, à la vérité, que la renonciation sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation; mais cet article, qui, dans tous les cas, s'appliquerait seulement à la séparation de biens, n'aurait rien de sacramentel, et la renonciation pourrait être faite en toute autre forme (1). Cela ne paraît pas contestable, puisque l'art. 1463 érige en présomption légale de renonciation le seul fait de l'expiration de trois mois et quarante jours, sans que la femme séparée ait manifesté l'intention d'accepter.

885. *Effets de la renonciation.* — La renonciation, de même que l'acceptation, agit rétroactivement. Il faut appliquer, par identité de raison, l'art. 785, d'après lequel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Donc, la renonciation remonte au jour de la célébration du mariage, et partant la femme est censée n'avoir jamais été commune, en ce sens du moins qu'elle demeure étrangère aux bénéfices et aux pertes de la communauté; car, sous d'autres rapports, on va le voir, l'existence de la communauté n'est pas sans influence sur les obligations de la femme.

886. La femme, en renonçant à la communauté, perd toute espèce de droits sur les biens composant cette communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. Telle est la disposition de l'art. 1492. Le même article ajoute que « la femme retire les linges et hardes à son usage. » Le Code civil, en ce point, s'est montré plus libéral que nombre d'anciennes coutumes, qui laissaient à la femme le droit de reprendre une robe, sans même lui accorder le droit de choisir la meilleure. Mais que faut-il entendre précisément par *linges et hardes à l'usage de la femme?* La même question se reproduit à l'occasion de l'article 1566. Nous renvoyons à nos observations sur cet article la solution de la question (1).

887. En outre, la femme renonçante a le droit de reprendre, aux termes de l'art. 1493 : « 1° Les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis

(1) *Req. rej.*, 6 novembre 1827 (aff. Virot).
(2) V. t. II, n° 612.

en remploi; 2° le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été fait et accepté, comme il est dit ci-dessus; 3° toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. » En outre, aux termes de l'art. 1495, la femme « peut exercer toutes les actions et reprises ci-dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari. — Ses héritiers le peuvent de même, sauf en ce qui concerne le prélèvement des linges et hardes, ainsi que le logement et la nourriture pendant le délai donné pour faire inventaire et délibérer, lesquels droits sont purement personnels à la femme survivante. »

888. Mais la femme ou ses héritiers ont-ils, en cas de renonciation, une hypothèque légale, même sur les conquêts de la communauté, pour le montant des reprises qui viennent d'être indiquées? La question est controversée, du moins dans une des hypothèses où elle peut se présenter. Il n'y a aucun doute, en effet, dans le cas où les immeubles de la communauté n'ont été ni aliénés ni grevés d'aucune charge réelle par le mari, administrateur légal de la communauté. La renonciation de la femme produisant les effets attachés à l'événement de la condition résolutoire, par rapport à son droit de propriété, il s'ensuit que le mari reste propriétaire en vertu de son titre originaire : en sorte que tous les immeubles étant considérés comme ayant toujours appartenu au mari, ceux qui ont eu la qualité de conquêts demeurent comme tous les autres affectés à l'hypothèque générale donnée à la femme par la seule autorité de la loi. Il n'y a pas là de doute possible.

Il en est tout autrement lorsque les conquêts ont été aliénés par le mari ou grevés par lui de quelque charge réelle. La femme se trouve alors en présence d'un tiers acquéreur, d'un créancier hypothécaire, ou d'un autre tiers qui, comme les précédents, tiennent du mari un droit qu'il avait qualité pour transférer. Dans cette situation, la femme pourra-t-elle opposer à ces tiers l'existence de son hypothèque légale? La question se rattache plus particulièrement à la matière des hypothèques. Pour notre part, nous nous bornerons à dire que tous les principes développés dans le présent traité nous amèneraient à résoudre la question contre les prétentions de la femme. Mais la jurisprudence et les auteurs se prononcent aujourd'hui en sens contraire (2).

(1) V. à cet égard le résumé présenté par M. Valette dans son Traité récent

889. Si la femme qui renonce n'a aucun droit aux biens de la communauté, si elle ne peut y prendre aucune part, il était juste de l'affranchir de toutes les charges de cette communauté. L'art. 1494 déclare en conséquence que « la femme renonçante est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers. » Toutefois, la renonciation de la femme ne saurait la mettre à couvert des dettes qu'elle a personnellement contractées. C'est pourquoi le même article, reproduisant à peu près textuellement une solution de Pothier, ajoute : « La femme reste néanmoins tenue envers ceux-ci (les créanciers), lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari, ou lorsque la dette, devenue dette de la communauté, provenait originairement de son chef; le tout sauf son recours contre le mari ou ses héritiers. »

890. De même que l'acceptation, la renonciation est irrévocable. La femme qui a renoncé est irrévocablement dépouillée ; une acceptation ultérieure ne ferait pas revivre ses droits. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 790 du Code civil, tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter ou non la succession si elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers. Mais il est facile de voir la différence qui se trouve entre les deux cas. Notre législation n'admet pas d'héritier nécessaire, et s'il est de principe que le mort saisit le vif, il est constant que nul ne peut être héritier malgré lui-même, et qu'on demeure étranger à la succession tant qu'on ne l'a pas volontairement appréhendée, c'est-à-dire tant qu'on n'a pas fait quelque acte qui révèle d'une manière non équivoque l'intention de se porter héritier. En matière de communauté, au contraire, la propriété ne reste pas un instant incertaine, même fictivement; elle est transférée au mari par le seul fait de la renonciation de la femme ; le mari est tenu de l'accepter ; il est irrévocablement saisi, il l'est même malgré lui. Si donc la femme renonce, les droits du mari sont acquis et irréfragables, et dès lors la femme ne peut l'en dépouiller par une acceptation ultérieure. Nous pensons même que la force de ce principe ne serait point ébranlée par le détournement ou le recel dont la femme se serait rendue coupable,

des priviléges et des hypothèques, t. I, p. 253 et suiv. Ajoutons que le savant professeur, en se prononçant pour la solution qui nous semblerait devoir être préférée, a mis dans tout son jour, avec une remarquable lucidité, l'avantage de cette solution.

après sa renonciation. Ce fait serait une soustraction ordinaire de la chose d'autrui, qui pourrait donner lieu tout au plus à une action en restitution ou en dommages-intérêts, et même à une action par voie criminelle suivant les circonstances.

891. Mais l'irrévocabilité de la renonciation est cependant susceptible de deux exceptions.

La femme doit être restituée contre cet acte, lorsqu'elle prouve qu'elle y a été amenée par le dol ou la fraude des héritiers du mari, par exemple lorsqu'ils lui ont exagéré les dettes de la communauté. On doit appliquer ici, par identité de motifs, la disposition de l'art. 1456 ; ce cas se présentera sans doute difficilement, puisque la femme ne peut valablement renoncer qu'après avoir fait un inventaire fidèle et exact, lequel a principalement pour objet de lui faire connaître les forces de la communauté. Cependant, il peut arriver que la femme n'habitât pas avec son mari, et que lorsqu'elle a voulu faire procéder à l'inventaire, les héritiers du mari lui aient dissimulé une partie de l'actif, ou lui aient présenté comme dues des obligations éteintes, ou des dettes qui n'auraient réellement pas existé. On comprend combien il importe, dans ces circonstances, de permettre à la femme de revenir sur une détermination inspirée par des manœuvres que la loi réprouve.

892. La seconde exception au principe de l'irrévocabilité de la renonciation, est écrite dans l'art. 1464. Cet article porte que les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs créances et accepter la communauté de leur chef. Ajoutons que cette faculté n'est pas restreinte aux créanciers de la femme ; elle appartient également aux créanciers des héritiers. Cela résulte de l'art. 1167 du Code civil qui permet aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits. Mais les créanciers ne pourront attaquer la renonciation qu'autant que leurs créances seront postérieures à cet acte, parce qu'il n'a pu leur nuire quand il est intervenu avant la naissance de leurs droits. Il va sans dire encore que les créanciers des héritiers ne pourraient point attaquer la renonciation que la femme aurait faite même quand ils l'argueraient de fraude et de dol, par exemple lorsque la femme, pour soustraire ses héritiers à leurs poursuites, aurait renoncé avant son décès et avant la liquidation, moyennant une somme d'argent qu'elle aurait remise à ses héritiers de la main à la main.

893. L'art. 1464 semble exiger que la renonciation ait été

faite en fraude des créanciers. Mais on doit appliquer ici, par analogie, l'art. 788 du Code civil, et décider qu'il suffit que les créanciers justifient d'un préjudice.

894. La renonciation ne sera pas nulle pour le tout; elle ne pourra être annulée que jusqu'à concurrence des sommes dues aux créanciers. L'art. 788 le décide ainsi en matière de renonciation à succession. Dans ce cas, dit-il, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé. Il doit en être de même dans le cas qui nous occupe, parce que la renonciation, qu'elle soit faite à prix d'argent ou qu'elle soit faite gratuitement, n'en a pas moins un caractère d'irrévocabilité qui confère la saisine immédiate au mari ou à ses héritiers. On comprend que s'il en était autrement, on donnerait à la femme ou à ses héritiers le moyen de rendre cette renonciation illusoire en leur fournissant une action concertée entre eux et leurs créanciers.

895. *Droit d'enregistrement.* — De même que l'acceptation, la renonciation à la communauté est un acte qui ne transmet rien. Le mari qui par le fait de la renonciation de sa femme reste propriétaire exclusif des biens communs, est propriétaire non pas en vertu d'un titre nouveau, mais en vertu de son droit originaire. Par cela même, la renonciation ne devait pas donner ouverture à un droit proportionnel. Aussi est-elle tarifée au simple droit fixe de 1 fr. par l'art. 68, § 1, n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII.

896. Mais cette disposition de la loi fiscale prévoit uniquement les renonciations pures et simples. D'où la conséquence que si la renonciation avait lieu moyennant un prix ou au profit de quelques héritiers seulement, elle ne serait plus pure et simple: elle ne serait plus même une renonciation, elle serait une acceptation, d'après l'art. 780 du Code civil, dont la disposition serait applicable ici par analogie. Le droit proportionnel serait donc exigible dans ce cas.

897. La faculté de renoncer n'appartient pas au mari, et à cet égard, comme nous le disions tout à l'heure, la règle est absolue. Une renonciation faite par le mari ne pourrait donc pas être opposée à la régie, qui serait fondée à n'y voir qu'une abdication de propriété, et cela quand même la renonciation serait faite par le mari du chef de sa femme dont il serait légataire (1).

(1) *Civ. cass.*, 9 mars 1842 (aff. Guenin).

SECTION V.

DISPOSITIONS COMMUNES AUX QUATRE SECTIONS QUI PRÉCÈDENT.

898. Texte de l'art. 1496. — Renvoi.

898. Aux termes de l'art. 1496 : « Tout ce qui est dit ci-dessus sera observé même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages.

» Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérait au profit de l'un des époux un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'art. 1098 au titre des *donations entre vifs et des testaments*, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement. »

L'art. 1527 du Code civil a reproduit une disposition semblable, à propos de la communauté conventionnelle, dans laquelle les avantages indirects sont plus à craindre encore que dans le régime de la communauté légale, à cause de la grande latitude qui est laissée aux époux pour le règlement de leurs conventions. Nous réunirons donc les deux dispositions. Elles feront l'une et l'autre l'objet d'une section particulière (1) qui terminera nos observations sur la communauté tant légale que conventionnelle.

(1) V. t. II, nos 335 à 369.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS CE VOLUME.

Pages.		Numéros.
1	INTRODUCTION HISTORIQUE.	1
3	§ 1. — De la condition des époux sous la législation romaine.	4 à 13
8	§ 2. — Des usages matrimoniaux des Gaulois et des Germains.	14 à 17
12	§ 3. — Des régimes matrimoniaux suivis dans l'ancienne France jusqu'au Code civil.	18 à 26
17	§ 4. — Droit nouveau.	27 à 30
	CHAPITRE PREMIER.	
21	DISPOSITIONS GÉNÉRALES.	31
22	SECT. Ire. — Du régime auquel sont soumis les époux qui ne font pas de contrat de mariage.	32 à 34
24	SECT. II. — Des conditions intrinsèques requises pour la validité du contrat de mariage.	35 à 48
32	SECT. III. — Des conventions autorisées dans les contrats de mariage et de celles qui y sont défendues.	49 à 76
51	SECT. IV. — Des divers régimes que les époux peuvent embrasser ; de leur durée et de leurs combinaisons.	77 à 86
61	SECT. V. — Des effets des constitutions de dot vis-à-vis des constituants.	87
63	§ 1. — De l'étendue de la constitution.	88 à 102
70	§ 2. — De la garantie de la dot et des intérêts de la dot promise.	103 à 119
77	§ 3. — Du rapport de la dot.	120 à 126
81	SECT. VI. — Des conditions extrinsèques exigées pour la validité des conventions matrimoniales, et de l'immutabilité de ces conventions.	127 à 134
88	SECT. VII. — Des changements et contre-lettres.	135 à 148
99	SECT. VIII. — De la publication des contrats de mariage.	149 à 152
101	SECT. IX. — De la caducité du contrat de mariage et de sa nullité.	153 à 159
104	SECT. X. — Des effets de l'annulation du mariage, ou de la ratification du mariage nul par rapport au contrat.	160 à 162
105	SECT. XI. — De la loi qui régit l'association conjugale.	163 à 167
108	SECT. XII. — Des contrats de mariage passés en pays étrangers.	168 à 175

Pages.		Numéros.
113	SECT. XIII. — Des droits d'enregistrement dans leurs rapports avec le contrat de mariage.	176
113	§ 1. — Observations préliminaires.	176 à 190
127	§ 2. — Des conventions relatives aux apports faits par les époux eux-mêmes.	191 à 221
142	§ 3. — Des contrats de mariage dans lesquels des avantages ont été stipulés, soit pour les époux entre eux, soit en leur faveur par des tiers.	222
142	ART. 1er. — Donations entre époux.	223 à 237
150	ART. 2. — Conventions et donations auxquelles des tiers sont parties.	238 à 264
173	§ 4. — Des changements et résiliements.	265 à 271
174	§ 5. — Des règles de perception.	272 à 283

CHAPITRE II.

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.

179	Observations préliminaires.	284 à 298

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

201	SECT. 1re. — De ce qui compose la communauté activement et passivement.	299 à 306
208	§ 1er. — De l'actif de la communauté.	307
209	ART. 1er. — Des biens qui tombent dans la communauté.	308
213	N° 1er. — Des meubles.	309 à 371
288	N° 2. — Des fruits et revenus.	372 à 400
320	N° 3. — Conquêts immeubles.	401 à 425
343	ART. 2. — Des biens propres des époux.	426
344	N° 1er. — Des propres mobiliers.	427 à 437
354	N° 2. — Des propres immobiliers.	438
355	Distinction première. — Propres immobiliers résultant d'un droit de possession ou de propriété existant au moment du mariage.	439 à 451
374	Distinction seconde. — Propres immobiliers résultant d'acquisitions à titre lucratif faites pendant le mariage. — Alluvions. — Successions immobilières. — Donations d'immeubles.	452 à 474
401	Distinction troisième. — Propres immobiliers résultant de certaines acquisitions faites à titre onéreux durant la com-	

Pages.		Numéros.
	munauté. — Réunion de parts indivises. — Échange. — Remplois.	475 à 522
472	§ 2. — Du passif de la communauté.	523 à 525
473	ART. 1er. — Dettes des époux antérieures au mariage.	526 à 550
498	ART. 2. — Dettes des successions et des donations.	551 à 555
502	N° 1er. — Quelles sont les dettes des successions dont la communauté est grevée par rapport aux époux entre eux.	556 à 571
517	N° 2. — Actions des créanciers par rapport aux dettes de successions.	572 à 583
527	ART. 3. — Des dettes contractées par les époux pendant le mariage.	584
528	N° 1er. — Dettes contractées par la femme.	585 à 622
571	N° 2. — Dettes contractées par le mari.	623 à 635
585	ART. 4. — Des arrérages et intérêts des rentes ou des dettes personnelles, des réparations usufructuaires et des autres charges du mariage.	636 à 649
591	SECT. II. — Administration de la communauté et des biens personnels des époux.	650 à 670
592	§ 1er. — Administration de la communauté.	654 à 671
609	§ 2. — Administration des biens personnels des époux.	672 à 703
631	§ 3. — Des récompenses.	704
631	ART. 1er. — Récompenses dues par la communauté aux époux.	705 à 719
645	ART. 2. — Récompenses dues à la communauté par les époux.	720 à 729
651	ART. 3. — Récompense due par l'un des époux à l'autre.	730 à 734
655	§ 4. — Administration de la communauté en cas d'absence de l'un des époux.	735 à 750
669	SECT. III. — De la dissolution de la communauté et de quelques-unes de ses suites.	751 à 754
672	§ 1er. — Dissolution de la communauté par la mort naturelle ou civile.	755 à 773
694	§ 2. — Dissolution provisoire ou définitive de la communauté par l'effet de l'absence.	774 à 785
702	SECT. 4. — Détermination des droits des époux après la dissolution.	786 à 797
708	§ 1er. — De l'acceptation de la communauté et de ses suites.	798
709	ART. 1er. — De l'acceptation de la communauté et des conditions y relatives.	799 à 821

Pages.		Numéros.
727	ART. 2. — Des suites de l'acceptation, et spécialement du partage de la communauté.	822
728	N° 1er. — Partage de l'actif, et opérations préliminaires au partage.	823 à 845
746	N° 2. — Du passif; de la contribution aux dettes.	846 à 866
757	§ 2. — De la renonciation à la communauté; des conditions y relatives, et de ses effets.	867 à 897
770	SECT. V. — Dispositions communes aux quatre sections précédentes.	898

FIN DE LA TABLE.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

Paris. — Imprimerie DONDEY-DUPRÉ, 46, rue Saint-Louis, au Marais.

ERRATA.

P. 118, ligne 35. — Au lieu de : les actes des administrations, lisez : *certains actes des administrations.*

P. 120, ligne 18. — Au lieu de : 18 avril 1816, lisez : 28 avril.

P. 120, lignes 30 et 31. — Au lieu de : établi par cette loi à 20 c. p. 100 fr. est resté le même ; lisez : *porté par cette loi à 25 c. p. 100 fr. a été réduit à 20 c. p. % par celle du 16 juin 1824* ; etc.

P. 121, ligne 12, après les mots : à l'égard de la mutation, ajoutez : *des immeubles.*

P. 184, note 2, à la fin, après les mots : en traitant de l'actif de la communauté, ajoutez : *V. infrà*, n° 488.

P. 204, à l'antépénultième ligne, au lieu de : dans les biens des familles, lisez : *dans bien des familles.*

P. 230, à la note 2, au lieu de : partage fait avant le mariage, lisez : *partage fait pendant le mariage.*

P. 276, § 2, ligne 6, au lieu de : caractère mobilier, lisez : *caractère immobilier.*

P. 290, ligne 1, au lieu de : des époux, lisez : *des propres des époux.*

618

